Die Verpfändung des Nießbrauchs

nach römischem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Otto Wilhelm Freiherr von Lüdinghausen
gen. Wolff
Kammergerichtsreferendar in Berlin.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1906.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546827_0035

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Teil: Römisches Recht.

I. Abschnitt.

§ 1. Einleitung 1

II. Abschnitt.

§ 2. Pfandrecht und Nießbrauch im allgemeinen 4

III. Abschnitt: Verpfändung des Nießbrauchs durch den Usufruktuar.

§ 3. Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs 11
§ 4. Die dingliche Rechtsstellung des Ausübenden 13
§ 5. Die Verpfändung der Ausübung des Nießbrauchs . . . 24

IV. Abschnitt.

§ 6. Verpfändung des Nießbrauchs durch den Eigentümer . . 30
§ 7. Die verschiedenen Konstruktionsversuche 32
§ 8. Die rechtliche Stellung des Pfandgläubigers und seine Befriedigung 39

Seite

Zweiter Teil: **Deutsches bürgerliches Recht.**

I. Abschnitt: Verpfändung des Nießbrauchs durch den Nießbraucher.

§ 9. Die Verpfändbarkeit des Nießbrauchs 44
§ 10. Die Übertragung der Ausübung und ihre Wirkung . . . 50
§ 11. Die Stellung des Pfandgläubigers 64

II. Abschnitt.

§ 12. Verpfändung des Nießbrauchs durch den Eigentümer . . 71
§ 13. Bestellung des Nießbrauchs zu Pfandzwecken 73
§ 14. Ermächtigung des Gläubigers zur Bestellung eines Nießbrauchs 76

Literaturverzeichnis.

Arndts in Lindes Zeitschrift Bd. 3.

Arndts in Lindes Zeitschrift Bd. 8.

v. Bethmann-Hollweg, Das 20. Buch der Digesten. 1. Heft. 1877.

Biermann, Das Sachenrecht des BGB. 2. Aufl. 1903.

v. Blume, Die Übertragung des Nießbrauches. In Jherings Jahrbüchern Bd. 34.

Büchel, Civilrechtliche Erörterungen. 2. Aufl. Bd. 1: Über jura in re und deren Verpfändung.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.

Dernburg der Ältere in Lindes Zeitschrift Neue Folge Bd. 2.

Dernburg, Pandekten. 7. Aufl. 1902.

Dernburg, Das Pfandrecht. Bd. 1. 1860.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. 1901.

Elvers, Die römische Servitutenlehre. 1856.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. Bd. 2. 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 6.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 16.

Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs. 1873.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung. Kommentar. 7. Aufl. Bd. 2. 1904.

Gesterding, Die Lehre vom Pfandrecht. 1831.

Glück, Erläuterungen der Pandekten. Bd. 9. 1817.

Glück, Erläuterungen der Pandekten. Bd. 19. 1817.

Haase, Zur Lehre von der Übertragung des Nießbrauchs. In Iherings Jahrbüchern Bd. 36 n. F.

Hepp, Über die Verpfändung von jura in re. Im Archiv für civilistische Praxis Bd. 15.

Kohler, Pfandrechtliche Forschungen. 1882.

Lang, Über die Verpfändung der Servituten. Im Archiv für civilistische Praxis Bd. 29.

Mansbach, Der Nießbrauch an Forderungen. 1880.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 3. Aufl. 1900.

Mittag, Die Rechtsstellung desjenigen, dem der Nießbraucher die Ausübung des Nießbrauchs übertragen hat. Erl. Diss. 1899.

Neumann, Die rechtliche Stellung desjenigen, dem der Nießbraucher die Ausübung des Nießbrauchs übertragen hat. Greifswalder Dissertation. 1903.

Planck, BGB. Kommentar. Bd. 2. 3. Aufl. 1904.

Planck, BGB. Kommentar. Bd. 3. 2. Aufl. 1902.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. 3. 1899.

Scherer, Sachenrecht des BGB. Kommentar. 1899.

Seufferts Archiv. Bd. 35.

Sintenis, Gemeines Pfandrecht. 1836.

Siebeneicher, Die Rechtsstellung desjenigen, dem der Nießbraucher die Ausübung des Nießbrauchs übertragen hat. Erl. Diss.

Sohm, Die Lehre vom subpignus. 1864.

Sydow-Busch, KO. für das Deutsche Reich. Kommentar. 9. Aufl. 1902.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. Bd. 1. 1900.

Wendt, Lehrbuch der Pandekten. 1888.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. 8. Aufl. 1900.

Windscheid, Die actio des römischen Zivilrechts. 1856.

Erster Teil.

Römisches Recht.

§ 1.

I. Einleitung.

Das römische Recht hat neben der Verpfändung von Sachen auch die Verpfändung von Rechten anerkannt. Dies gilt auch für Servituten, insbesondere für den Nießbrauch. Hiervon handelt vornehmlich l. 11 § 2 D. 20, 1 und möge sie daher den Ausgangspunkt unserer Untersuchung über die Verpfändung des Nießbrauchs nach römischem Recht im Vergleich mit unserem heutigen deutschen bürgerlichen Rechte bilden.

Die l. 11 § 2 D. 20, 1 lautet:

„Usus fructus an possit pignori hypothecaeve dari quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit sive ille qui solum usufructum habet. et scribit Papinianus libro undecimo responsorum tuendum creditorem et si velit cum creditore proprietarius agere ‚non esse ei jus uti frui invito se,' tali exceptione eum praetor tuebitur ‚si non inter creditorem et eum ad quem usus fructus pertinet convenerit, ut usus fructus pignori sit.' nam et cum emptorem usus fructus tuetur praetor, cur non

et creditorem tuebitur. eadem ratione et debitori obicitur exceptio."

Marcian, denn von diesem rührt die Stelle her, wirft hier die Frage auf, ob der Nießbrauch zum Pfande gegeben werden könne, ob er verpfändbar sei, und zwar derart, daß einmal ein bereits bestehender Usufrukt von dem Berechtigten zum Pfande gegeben werden könne, oder daß der Eigentümer seinem Gläubiger einen erst zu errichtenden verpfände. Marcian bejaht diese Frage für beide Möglichkeiten, indem er Papinian zitiert, der im 11. Buche seiner Responsen erklärt, der Gläubiger sei zu schützen; der Prätor gewähre ihm gegen die Klage des Eigentümers der Nießbrauchssache, er, der Gläubiger, habe gegen seinen Willen kein Recht den Nießbrauch vorzunehmen, denselben Einwand, den er einem Käufer des Nießbrauchs gewähre, nämlich den Einwand, es sei zwischen ihm und dem Nießbraucher, seinem Schuldner, vereinbart worden, daß der Nießbrauch ihm zum Pfande übertragen sei. Diese exceptio steht dem Gläubiger in gleicher Weise auch gegen seinen Schuldner zu.[1]) Dieselbe hat dingliche Wirkung, denn sie dringt gegen die petitorische Klage des Eigentümers durch.

Der Pfandgläubiger tritt also nicht nur in ein obligatorisches Rechtsverhältnis zu seinem Schuldner, vielmehr kann er sich auf die Verpfändung des Nießbrauchs auch dritten, an der Sache dinglich Berechtigten, gegenüber berufen. Er

[1]) Dieselbe stellt sich, wie v. Bethmann-Hollweg, „Das 20. Buch d. Digesten" 39 sagt, dar als eine exceptio in factum concepta.

muß von jedem in seiner Stellung respektiert werden, ebenso wie der Nießbraucher selbst. Die zitierte Quellenstelle spricht zwar nur von dem Fall, daß der Gläubiger bereits in den Besitz der Nießbrauchssache gelangt ist und sich in ihm durch eine exceptio erhalten könne, es unterliegt aber keinem Zweifel, wie allgemein mit Recht angenommen wird, daß er auch in der Lage ist, sich den Besitz selbständig zu verschaffen. „Der Schluß von der exceptio auf die actio unterliegt", wie Windscheid[1]) treffend sagt, „keinem gegründeten Zweifel." Nach ihm ist es nur eine Zufälligkeit, wenn die Quellen nur eine exceptio erwähnen für den Fall, wo der Berechtigte bereits den Besitz erlangt hat und daher in der Lage ist, sich durch die Berufung auf die Verpfändung des Nießbrauchs zu verteidigen. Der Pfandgläubiger erlangt ebenso wie der Käufer eine Rechtsstellung, die mit einer dinglichen actio und einer dinglichen exceptio ausgestattet, d. h. mit dinglichem Schutze versehen ist. Er erlangt diese dingliche Rechtsstellung, gleichgültig ob ihm ein bestehender Ususfrukt von dem Usufruktuar oder ein erst zu errichtender vom Eigentümer verpfändet worden ist. Marcian erwähnt zwar in seiner Antwort nur den ersten Fall, es kann aber nicht zweifelhaft sein, daß der Erwerber auch im zweiten Fall dieselbe dingliche Rechtsstellung erhalte. Es geht dies einmal aus der Fassung der Stelle hervor, denn beide Fragen sind zusammengestellt; sodann folgt es aber auch daraus, daß der Pfandgläubiger auch gegen seinen Schuldner dinglich geschützt

---

[1]) Windscheid, Actio 136.

ist: eadem ratione et debitori obicitur exceptio. Bei der Verpfändung eines Nießbrauchs durch den Eigentümer fallen aber Schuldner und Eigentümer zusammen.

Die Verpfändung des Nießbrauchs ist ferner sowohl als pignus als auch als hypotheca möglich. In beiden Fällen, gleichgültig ob dem Gläubiger der Besitz sofort eingeräumt wird oder nicht, erhält er dieselbe dinglich geschützte Stellung, wie ja überhaupt in Rom beide Arten der Verpfändung gleichmäßig behandelt wurden.

Im folgenden wird es nun zunächst unsere Aufgabe sein, unter Berücksichtigung der verschiedenen Meinungen die in der zitierten l. 11 § 2 D. 20, 1 enthaltenen Rechtssätze näher zu betrachten. Der Übersichtlichkeit halber empfiehlt es sich, diese Untersuchungen in zwei große Abschnitte zu zerlegen, und zwar wollen wir zunächst die Verpfändung resp. Veräußerlichkeit des Nießbrauchs durch den Usufruktuar und daran anschließend die Verpfändung des Usufrukts durch den Eigentümer ins Auge fassen.

§ 2.

II. Pfandrecht und Nießbrauch im allgemeinen.

Verpfändbar waren in Rom nicht nur körperliche Gegenstände, Sachen im strengen Sinne, sondern wie schon erwähnt, auch unkörperliche, res incorporales, Rechte. Alles was einen Vermögenswert besaß und dem Verkehr nicht entzogen war, konnte als Pfand gegeben werden. Nicht verpfändbar waren daher rein persönliche Rechte, wie das Recht auf Frei-

heit, Familienrechte. Eine Aufzählung aller derjenigen Gegenstände, die verpfändet oder nicht verpfändet werden konnten, gibt das römische Recht nicht. Es begnügt sich vielmehr mit dem allgemeinen Satze, quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest l. 9 § 1 D. 20, 1, was veräußert werden kann, kann auch verpfändet werden. Daraus kann man aber folgern, daß nur das, was veräußerlich ist, auch verpfändbar ist. Es ergibt sich das aus der Natur des Pfandrechts. Der Pfandgläubiger kann von seinem Schuldner nicht mehr Sachen oder Rechte erwerben, als dieser überhaupt an einen anderen abgeben kann, sei es nun, daß die Veräußerung eines Rechtes durch das Gesetz verboten war oder daß sie der Natur des Rechtes nach unmöglich war. Das finden wir auch in einer Stelle Marcians bestätigt, wo es heißt l. 1 ult. D. 20, 3: „Eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest, ut D. Pius Claudio Saturnino rescripsit.“ Wie steht es nun mit der Veräußerlichkeit und demgemäß der Verpfändbarkeit eines Nießbrauchs?

Was versteht das römische Recht unter usus fructus? Die Antwort finden wir in l. 1 D. 7, 1: „usus fructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.“ Der Nießbrauch ist das dingliche Recht einer Person zu Gebrauch und Nutzung einer fremden Sache unter Wahrung ihrer Substanz. Entwickelt hat sich der Nießbrauch, wie heute allgemein angenommen wird, aus dem römischen Familien- und Erbrecht. Um nämlich eine Zersplitterung des Vermögens

zu vermeiden, und dasselbe den männlichen Nachkommen und damit der Familie zu erhalten, setzte der pater familias seine männlichen Kinder zu Erben ein, während er den übrigen Familienmitgliedern, insbesondere seiner Witwe, durch Vermächtnis des Nießbrauchs an seinem Vermögen die Möglichkeit gab, aus den Einkünften, die dasselbe gewährte, die zum Leben nötigen Mittel zu gewinnen. „Der Nießbrauch sollte", wie v. Blume[1]) ausführt, „vermitteln zwischen dem Interesse der Familie, das Erhaltung des Vermögens für den Familienstamm forderte, und dem Interesse des einzelnen, der Anteil an dem Familienvermögen begehrte. Er will der Familie die Substanz sichern, demjenigen Familienmitgliede aber, das zur Erhaltung des Stammes nicht beiträgt, der Witwe, der Tochter, der Freigelassenen, den Lebensunterhalt gewähren." Aus diesem Zwecke des Nießbrauchs folgte notwendig seine Unvererblichkeit und Unveräußerlichkeit. Er mußte untergehen, wenn die Person, der er den Lebensunterhalt sichern sollte, starb; er war höchstpersönlich, ein jus personalissimum. Er konnte von dem Berechtigten nicht seinem ganzen Umfange nach auf einen anderen übertragen werden. An dieser aus seinem Wesen folgenden Bestimmung hat das römische Recht seine ganze Entwicklung hindurch festgehalten, sie ist auch ins heutige Recht übergegangen: Das dingliche Recht, das Nießbrauchsrecht selbst, bleibt an die Person, für die es bestellt ist, unlöslich geknüpft. Der eine Fall, wo der Nießbrauch im justinianischen Recht vererblich war, kommt hier nicht in

[1]) v. Blume in Iherings Jahrbuch Bd. 34 S. 286.

Betracht. Er ändert nichts daran, daß das römische Recht die Unveräußerlichkeit des Nießbrauchsrechtes vorschreibt.

Allmählich stellte sich das Bedürfnis ein, dieses Recht auch in anderer Weise als durch Ausübung von seiten des Berechtigten selbst verwertbar zu machen, indem häufig der Berechtigte gar nicht in der Lage war, sein Nießbrauchsrecht auch wirklich ausüben zu können. Daher gestattete man ihm zunächst, sein Recht auf den Eigentümer der Nießbrauchssache zu übertragen und in dem Erlös dafür den materiellen Wert des Rechtes zu genießen, l. 66 D. de jure dot. 23, 3: „quoniam diximus usum fructum cedi non posse a fructuario nisi domino proprietatis et si extraneo cedatur, id est qui proprietatem non habebat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum.“ Die Übertragung an einen anderen als den Eigentümer hatte demnach keine Wirkung. Doch diese beschränkte Art der Verwertung mußte sich mit der Zeit als den Bedürfnissen des realen Lebens ungenügend erweisen, und so ging man einen Schritt weiter und gab dem Usufruktuar die Möglichkeit, zwar nicht sein dingliches Recht selbst, wohl aber die Ausübung desselben, seine Verwertung auf einen anderen zu übertragen, sei es unentgeltlich, sei es gegen Entgelt durch Verpachtung, Vermietung, Verkauf, wie sich aus l. 12 D. de usufr. 2, 4 ergibt: „Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fundum concedere vel locare vel vendere potest.“ Das Recht selbst blieb auch jetzt an die Person des Berechtigten geknüpft, übertragen wurde nur die Ausübung. Das ergibt sich mit voller Klarheit aus zwei Quellenstellen: l. 15 D.

fam. herc. 10, 2: „nec enim ususfructus a personis discedere sine interitu sui potest“ und l. 66 D. de jure dot. 23, 3: „quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum ut vel locet hunc usum fructum mulieri maritus vel vendat nummo uno, ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.“ „Diese Stelle bezeugt bestimmt“, wie Dernburg[1]) richtig bemerkt, „daß das Nießbrauchsrecht an die Person des Nießbrauchers gebunden ist, und daß nur die Ausübung übertragen werden kann. Über diesen Satz sind die Römer einig. Ihn bestätigen die Institutionen.“ Wenn also die Quellen von locare, vendere usum fructum reden, so ist das ein inkorrekter Sprachgebrauch; gemeint ist die Ausübung des Nießbrauchs.[2])

Zu verwerfen ist demnach auch die von Dernburg dem Älteren,[3]) Elvers und von Blume vertretene Ansicht, daß das römische Recht in der letzten Phase seiner Entwicklung die Veräußerlichkeit des Nießbrauchsrechtes selbst anerkannt habe. Dernburg[3]) und Elvers[4]) stützen sich auf die am Eingang dieser Arbeit zitierte l. 11 § 2 D. 20, 1. Elvers bemerkt dazu nämlich: „Könnte nun der Usufruktuar auch im späteren römischen Recht wirklich nur ein persönliches Forderungsrecht auf Ausübung der Servitut bestellen, so würde er durch solche Verpfändung auch nur einen persönlichen An-

[1]) Dernburg, Pandekten 1 § 246 Anm. 5 S. 590 f.

[2]) vgl. Windscheid, Pandekten 1 § 205 Anm. 3 S. 926.

[3]) Dernburg der Ältere in Lindes Zeitschrift N.F. Bd. 2 S. 53 ff.

[4]) Elvers, Die römische Servitutenlehre 237 ff.

spruch gegen sich selbst verpfänden, d. h. mit anderen Worten die Verpfändung wäre ein bloßes Spiel, durch welches der Gläubiger nichts anderes erhielte, als was er schon hat, nämlich ein persönliches Recht an den Schuldner, dagegen aber keinen Anspruch auf ausschließliche Befriedigung aus dem Erlös der verpfändeten Sache, sondern als Innehaber einer Forderung würde er im Konkurs nur mit den übrigen Gläubigern rangieren." Elvers und Dernburg schließen vielmehr, ausgehend von der Erwägung, daß der Nießbraucher ein vom Eigentümer gänzlich unabhängiges Recht an der Sache habe, aus der zitierten Quellenstelle auf die Übertragbarkeit des Rechtes selbst. In neuerer Zeit ist diese Theorie von v. Blume wieder aufgenommen worden. v. Blume[1]) geht von der Behauptung aus, daß im Laufe der Entwicklung die wirtschaftliche Bestimmung des Nießbrauchs eine andere geworden sei, daß er aus einem Faktor des sozialen Lebens zu einem wirtschaftlichen Institut geworden sei, zu einem Mittel, die Einkünfte eines Vermögens einem anderen zu überlassen ohne dieses selbst zu veräußern. Als Resultat der Entwicklung für das Justinianische Recht stellt er auf Grund der l. 65 D. de V.S. 50, 16 und C. 15 § 2 de usu fructu 3, 33 den Satz auf, „daß von dem alten Grundsatz, ‚der Nießbrauch ist mit der Person des Berechtigten unzertrennlich verknüpft', lediglich die Unvererblichkeit des Rechtes als dispositive Norm übriggeblieben sei. Jetzt handle es sich in der Tat um nichts weiter als einen präsumtiven Endtermin, der einer Übertragung des Rechtes kein Hindernis bereiten könne. Dem

[1]) v. Blume in Iherings Jahrbüchern 34 S. 283 ff.

bloßen Bedürfnis nach Verwertung des Nießbrauchs durch Übertragung seiner Ausübung, sei mit der Verpachtung oder Vermietung des Nießbrauchs, durch die der Erwerber lediglich obligatorische Ansprüche erwerbe, abgeholfen, ein Verkauf oder eine Verpfändung nur der Ausübung nach sei daher überflüssig. Vielmehr folge daraus, daß die Quellen ausdrücklich eine emptio venditio usus fructus erwähnen, in Verbindung mit dem Satze, daß Kauf die Veräußerung eines Rechtes bezwecke, einen neuen Rechtszustand schaffen wolle, während die Verpachtung nur einen neuen faktischen Zustand hervorbringe, daß man außer der Übertragung der Ausübung durch Miete und Pacht auch die Veräußerung des Rechtes selbst durch Verkauf und demgemäß auch durch Verpfändung als möglich annehmen müsse."

Zuzugeben ist v. Blume unbedingt, daß der Käufer oder Pfandgläubiger mehr Rechte erwirbt als der Pächter der Ausübung. Daraus aber auf die Veräußerlichkeit des Nießbrauchsrechtes selbst zu schließen, ist nicht angängig, vielmehr besteht der Unterschied zwischen beiden Arten der Übertragung darin, daß in dem einen Falle der Erwerber dinglichen Schutz genießt, während er bei der Verpachtung nur obligatorisch dem Nießbraucher gegenüber berechtigt ist. Es ist unbedingt daran festzuhalten, wie schon gesagt, daß das Nießbrauchsrecht selbst nicht von dem Berechtigten losgelöst werden kann. Darin ist auch die herrschende Meinung völlig einstimmig, und die Lehre von der Übertragbarkeit des Rechtes selbst kann heute als überwunden bezeichnet werden, sie widerspricht geradezu dem Wortlaute der Quellen.

III. Verpfändung des Nießbrauchs durch den Usufruktuar.

§ 3.

Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs.

Was ist nun unter Ausübung des Nießbrauchs und ihrer Übertragung zu verstehen? Durch die Übertragung der Ausübung soll, wie schon oben kurz erwähnt, der materielle Inhalt des Nießbrauchs einem andern zugute kommen, derart, daß dieser berechtigt ist, den Nießbrauch statt des Nießbrauchers auszuüben, die Früchte, die der Nießbrauch gewährt, an Stelle des Nießbrauchers zu ziehen. Die Ausübung ist eine aus dem dinglichen Rechte des Nießbrauchers entspringende Befugnis desselben, die auf einen andern übertragen werden kann. Es ist zweifellos, daß diese Übertragung in der ersten Zeit dem Erwerber lediglich einen obligatorischen Anspruch gewährte, so daß derselbe keinerlei Mittel hatte, sich anderen, insbesondere dem Eigentümer gegenüber auf die Übertragung zu berufen. Denn es ist nicht anzunehmen, daß das römische Recht von dem Dogma der absoluten Unveräußerlichkeit des Nießbrauchs auch seiner Ausübung nach gleich zu einer dinglichen Rechtsstellung des Erwerbers übergegangen sein sollte. Das ergibt sich denn auch aus der l. 57 D. sol. matrimonio 24, 3: „Marcellus libro septimo digestorum; usu fructu in dotem dato si divortium intervenerit, nec proprietas rei apud maritum vel mulierem sit, eam dotis esse restitutionem, ut maritus caveat, quamdiu vixerit, passurum se uti frui mulierem heredemque eius.“

Daraus ergibt sich deutlich — passurum se — eine lediglich obligatorische Verpflichtung des Mannes als Nießbraucher, die Frau den Nießbrauch ausüben zu lassen. Auf Grund dieser Stelle und unter allzugroßer Betonung der ethischen und sozialen Natur des Nießbrauches hat die ältere Doktrin den Satz aufgestellt, daß auch für das spätere Recht die Übertragung der Ausübung überhaupt nur obligatorische Wirkung zwischen den Vertragsparteien haben könne. So sagt Glück,[1]) ihr Hauptvertreter: „Das Recht selbst kann der Usufruktuar niemandem als dem Proprietar zedieren; denn das Recht der Nutznießung ist an seine Person gebunden und folglich unveräußerlich. Es hat daher auch die Veräußerung durch Verkauf oder Schenkung im wesentlichen keine andere Wirkung als eine bloße Verpachtung; denn es entsteht daraus ein bloß persönliches Recht gegen den Usufruktuar, und nur die Form der obligatio ist verschieden." Diese Ansicht mag für das ältere Recht zutreffend sein, daß sie aber für das justinianische Recht falsch ist, zeigen unsere Quellenstellen. Der Erwerber der Ausübung, sei er nun Käufer oder Pfandgläubiger, kann sich jedem gegenüber auf die Übertragung berufen, sie wirkt also dinglich. So übereinstimmend das aber auch in der heutigen Literatur anerkannt wird, so verschieden sind die Ansichten darüber, wie diese dingliche Rechtsstellung des Erwerbers der Ausübung zu konstruieren sei. Die Römer haben sich nicht mit Konstruktionsversuchen abgegeben, sie begnügten sich damit, ab-

[1]) Glück, Pandekten 9 S. 217.

solute Rechtssätze aufzustellen, die den Bedürfnissen des praktischen Lebens gerecht wurden. Für die Praxis ist es ja auch höchst gleichgültig auf Grund welcher theoretischen Erörterungen man dieselben zu konstruieren versucht. Es kann auch hier nicht unsere Aufgabe sein jeden einzelnen Konstruktionsversuch zu erörtern, vielmehr sollen die hauptsächlichsten Ansichten nur skiziert und dann die Ansicht kurz entwickelt werden, die meines Erachtens am geeignetsten ist die dingliche Wirkung der Übertragung des Nießbrauchs seiner Ausübung nach zu erklären im Einklang mit den sonstigen Sätzen des römischen Rechts.

§ 4.

Die dingliche Rechtsstellung des Ausübenden.

Arndts[1]) geht davon aus, daß der Erwerber der Ausübung des Nießbrauchs als Stellvertreter des Nießbrauchers anzusehen sei. Nach ihm geht hier derselbe Rechtsakt vor sich wie bei dem Verkauf oder der Verpfändung einer Forderung. Hier werde dem Zessionar nur die Ausübung des Forderungsrechtes überlassen, der eigentliche Gläubiger bleibe der Zedent. Dies sei zwar in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, aber man müsse annehmen, daß analog dem Zessionar der Erwerber der Ausübung die Klage des Zedenten, des Nießbrauchers, also die actio confessoria in rem erwerbe. Er mache sie jedoch als procurator in rem suam des eigent-

[1]) Arndts in Lindes Zeitschrift N. F. Bd. 8 S. 97.

lichen Nießbrauchers als eine utilis confessoria geltend. Er könne sie aber nie in dem Sinne im eigenen Namen, proprio nomine, anstellen, daß er dieselbe auf eigenes Recht gründe, sondern nur soweit als ein procurator in rem suam suo nomine klagen könne. Mit Recht macht Windscheid[1]) gegen diese Theorie geltend, daß hier kein Mandat vorliege, durch das erst die Stellvertretung begründet werde, und eine gesetzliche Stellvertretung ebensowenig nachgewiesen werden könne wie bei der Übertragung der obligatio. Ist der Erwerber nur procurator des Nießbrauchers, so kann er die confessoria auch niemals gegen den Nießbraucher selbst geltend machen, was Arndts auch selbst zugibt. Da nun aber die l. 11 § 2 D. 20, 1 ausdrücklich sagt, dieselbe exceptio wie gegen den Eigentümer stehe dem Erwerber auch gegen den Nießbraucher zu, so kann die Auffassung Arndts nicht als richtig angesehen werden.

Gegen Arndts wendet sich auch Haase, der gegen ihn dasselbe geltend macht, was ich eben angedeutet habe, daß nämlich der dingliche Schutz des Ausübungsberechtigten sehr illusorisch sei, wenn er nur als procurator des Nießbrauchers handle. Haase[2]) stellt vielmehr die Behauptung auf, der Erwerber der Ausübung erlange ein selbständiges dingliches Recht: „War einmal dinglicher Schutz eingeführt, so war damit anerkannt, daß auch das Recht des Nießbrauchskäufers ein dingliches geworden war. Denn dinglichen Klagen

---

[1]) Windscheid, Actio 136.

[2]) Haase in Iherings Jahrb. 36 S. 261.

muß, sofern sie nicht zedierte sind, ein dingliches Recht zugrunde liegen." Nach seiner Theorie bleibt das ursprüngliche Nießbrauchsrecht bei dem Nießbraucher, der Nießbrauchserwerber aber erhalte seinerseits ein selbständiges dingliches Recht mit demselben Zwecke wie das Nießbrauchsrecht: „Verkauft wird der materielle Gehalt des Nießbrauches, die wirtschaftliche Nutzung, hier ebenso wie in dem Falle der Bestellung des Nießbrauchs durch den Eigentümer." Ein solches jus utendi fruendi re aliena sei aber nur als Nießbrauch denkbar. „Der Verkauf des Nießbrauchs ist also nichts anderes als die Bestellung eines solchen an der dem Nießbrauche des Veräußerers unterworfenen Sache."

Mit Recht wird gegen diese Theorie geltend gemacht,[1]) daß, wenn der Erwerber als Nießbraucher anzusehen wäre, nach dem Wesen des Nießbrauchs sein Recht mit seinem Tode erlöschen würde; denn der Nießbrauch erlischt, wenn er nicht gerade als vererblich konstituiert ist, mit dem Tode seines Trägers. Das ist hier aber nicht der Fall, vielmehr ist in der l. 8 § 2 D. de periculo et commodo rei venditae 18, 6 ausdrücklich das Gegenteil gesagt: „heredi autem debebitur, si tu vivis." Auch Mittag[2]) macht mit Recht gegen Haase geltend: „Gerade der Hinweis auf den Eigentümer, der einem

---

[1]) Neumann, Die rechtliche Stellung desjenigen, dem der Nießbraucher die Ausübung des Nießbrauchs übertragen hat 34 f.; Sieben-eicher, Die Rechtsstellung desjenigen, dem der Nießbraucher die Ausübung des Nießbrauchs übertragen hat 20 ff.

[2]) Mittag, Die Rechtsstellung desjenigen, dem der Nießbraucher die Ausübung des Nießbrauchs übertragen hat 30 Anm. 1.

Dritten die vollständige Nutzung einer Sache einräumen könne, während er selbst das des Gebrauchsrechts vollständig entblößte Eigentumsrecht, die nuda proprietas, behalte, spricht gegen, nicht für die Haasesche Aufstellung: denn wie hier der voll Berechtigte einen minder Berechtigten, der Eigentümer einen Nießbraucher und nicht einen zweiten Eigentümer konstituiert, so kann auch der Nießbraucher nicht wieder einen Nießbraucher, sondern nur einen minder Berechtigten konstituieren."

Auch Siebeneicher[1]) will dem Ausübungsempfänger ein neues dingliches Recht an der Sache geben, denn dasselbe sei mit einer dinglichen actio und einer dinglichen exceptio geschützt, ein derartig ausgestattetes Recht sei aber ein dingliches Recht. Da nun das römische Recht nur vier dingliche Rechte im eigentlichen Sinne kenne, quattuor sunt jura in re aliena, dieses Ausübungsrecht aber keines von diesen sei, als Nießbrauch sei es nicht anzuerkennen, so müsse man es als ein dem Nießbrauch analoges Recht auffassen, als ein nicht an dem Nießbrauch, sondern neben diesem und in demselben Umfang wie dieser bestehendes Recht, für welches daher auch im wesentlichen die Grundsätze des Nießbrauchs zur Anwendung kämen. „Wir haben es hier, führt er aus, mit einer gleichen Neubildung eines unbenannten Rechtes zu tun wie bei dem, im übrigen aber nicht mit ihm zu vergleichenden, relativen dinglichen Recht des bonae fidei possessor. Wie sich dessen Rechtsstellung zu einem dinglichen Recht ausge-

[1]) Siebeneicher a. a. O. § 6 S. 20ff.

staltet hat, das als Begleiterscheinung neben dem dominium einhergeht, so müssen wir auch das dingliche Recht des Nießbrauchsausübungsberechtigten als ein neues, eigenartiges, das Nießbrauchsrecht nur begleitendes, nicht mit ihm zusammenfallendes Recht betrachten."

Mittag[1]) sucht die dingliche Rechtsstellung des Ausübungsempfängers folgendermaßen zu erklären: „Das Recht, welches der Empfänger durch den Kaufvertrag und entsprechend durch die Verpfändung erwirbt, hat eine selbständige Existenz." Im Anschluß an die von Mansbach[2]) aufgestellte Unterscheidung von Rechtsübertragung und konstitutiver Sukzession erklärt er die Veräußerung der Ausübung des Nießbrauchs als eine konstitutive Rechtsübertragung, d. h. das Recht des Empfängers sei nur im Momente des Entstehens abhängig vom Nießbrauchsrecht, einmal begründet sei es ein vollständig selbständiges Recht, aber mit den Grenzen des Stammrechts. „In demselben Sinne wie man sagen muß, daß der Gegenstand des Nießbrauchsrechts die körperliche Sache ist und nicht das Eigentumsrecht des Bestellers, muß man auch die vom Nießbraucher weitergegebene Ausübungsbefugnis auf die Sache und nicht auf das Nießbrauchsrecht als ihren Gegenstand beziehen. Wie dort das Eigentum ist hier das Nießbrauchsrecht wohl die Quelle, aus welcher das neubegründete dingliche Recht sich herleitet, aber unterworfen, dienstbar gemacht ist dem Empfänger nicht das Recht seines Auktors, sondern

---

[1]) Mittag a. a. O. 27 ff.

[2]) Mansbach, Der Nießbrauch an Forderungen 11.

die Nießbrauchssache, natürlich in den Grenzen, welche dem Nießbraucher selbst gezogen sind."

Dem Wesen nach kommen meines Erachtens sowohl Siebeneicher wie Mittag auf dasselbe hinaus wie Haase, obwohl sie ihm in manchen Punkten widersprechen, nur daß sie das neubegründete Recht anders benennen. Der Name aber ist doch bedeutungslos, der macht den Unterschied nicht.

Meines Erachtens sind alle diese Konstruktionsversuche zu gekünstelt und zu weitgehend. Der Prätor gewährt dem Erwerber der Ausübung das Recht, sich Dritten gegenüber auf die Übertragung der Ausübungsbefugnis durch den Nießbraucher zu berufen, er gewährt ihm nicht die Möglichkeit, ein eigenes selbständiges Recht an der Sache geltend zu machen; die exceptio lautet nicht si non sibi jus sit, sondern si non convenerit, ut usus fructus pignori sit. Darin liegt doch meines Erachtens gerade, daß er nicht ein eigenes jus in re erhält. Das Gericht gewährt ihm vielmehr die Möglichkeit, die Klagerechte des Nießbrauchers für sich geltend zu machen. Es ist dasselbe Verhältnis wie bei der Zession einer Forderung. Auch durch diese erlangt im römischen Recht der Zessionar nicht ein neues, selbständiges Forderungsrecht, sondern nur die Fähigkeit, die fremde actio kraft eigenen Rechtes als seine eigene geltend zu machen. Diesen Gedanken drückt auch Windscheid[1]) aus, wenn er sagt: „So wie die Übertragung der Obligatio für das Recht un-

[1]) Windscheid, Actio 136.

wirksam ist, vom Gericht aber anerkannt wird, so wird auch der Übertragung des Nießbrauchs zwar nicht vom Recht, wohl aber vom Gericht Wirksamkeit beigelegt. So wie das Gericht dem Zessionar die Klage des Gläubigers bewilligt, obgleich er nicht Gläubiger ist, so bewilligt es demjenigen, dem der Nießbrauch übertragen worden ist, die Nießbrauchsklage, obgleich er nicht Nießbraucher ist." Und zwar bewilligt es ihm dieselbe nicht nur gegen Dritte, sondern auch gegen den Nießbraucher selbst. Der Ausübungsempfänger braucht sich also, wie Windscheid[1]) sagt, auch dem Nießbraucher gegenüber nicht auf dessen obligatorische Verpflichtung zu berufen, sondern er kann ihm die Übertragung als solche entgegenhalten, d. h. mit anderen Worten, er kann die ihm gewährte Nießbrauchsklage auch gegen den Nießbraucher selbst geltend machen. Das ist allerdings ein dinglicher Schutz, aber derselbe entspringt nicht aus einem Recht an der Sache als solchem, sondern aus der abstrakten Natur der Übertragung.

Übertragen wird vom Nießbraucher diejenige Willensmacht, die erforderlich ist, um die Ausübung vorzunehmen und die Möglichkeit ihrer Verwirklichung zu erhalten. Übertragen wird aber auch nur diejenige Willensmacht, die zu diesem Zwecke genügend ist. Mit dem Ausübungsrecht, wie es in dem Nießbrauchsrechte enthalten ist, gehen also auch die dinglichen Klagerechte des Nießbrauchers auf den Erwerber des Ausübungsrechtes über, soweit sie der Verwirklichung desselben dienen. Diese Klagerechte, die actio confessoria,

---

[1]) a. a. O. 136.

des Nießbrauchers kann also nunmehr auch der Erwerber der Ausübung als actio confessoria utilis geltend machen und zwar in eigenem Namen, aber nicht kraft eines neuen Rechtes an der Sache, sondern kraft des ihm soweit zedierten Rechtes des Nießbrauchers, und daß er sie auch gegen den Nießbraucher geltend machen kann, folgt konsequenterweise aus der Zession, denn die Zession ist ein abstraktes, ein dingliches Rechtsgeschäft, das in gleicher Weise wie gegen den Zessus auch gegen den Zedenten wirkt. Ihm steht also nunmehr das Recht auf den Besitz und den Fruchtgenuß der Sache zu in demselben Maße wie dem Nießbraucher selbst.

Aus dem eben gesagten erhellt aber, daß das Nießbrauchsrecht als solches bei dem Nießbraucher verbleibt. Dasselbe kann ja auch gar nicht, wie wir früher gesehen haben, auf einen anderen übertragen werden, von der Person des Nießbrauchers losgelöst werden. Durch die Übertragung des Ausübungsrechtes wird dasselbe nicht aufgehoben, sondern beschränkt. Der Nießbraucher wird dadurch, daß er einem anderen das Recht einräumt sein Recht auszuüben, in seinem Willen gebunden, beschränkt. Durchaus zutreffend führt Windscheid[1]) mit Bezug darauf aus: „Mit dem Bestehen eines fremden Rechtes ist zunächst verträglich ein Recht, welches darauf gerichtet ist, daß der Inhaber des Rechts mir die Ausübung seines Rechts gestatte. Ein solches Recht berührt sein Recht gar nicht, es läßt dasselbe ganz unangefochten, es bindet nur seinen Willen. Ein solches Recht nimmt ihm nicht die Aus-

---

[1]) Windscheid, Actio 174.

übung seines Rechtes, sondern verpflichtet ihn nur, sich der Ausübung seines Rechtes zu meinen Gunsten zu enthalten. Die Ausübung des fremden Rechts kann also den Gegenstand eines obligatorischen Rechts bilden. Es ist aber ferner zuzugeben, daß die Ausübung eines fremden Rechts ohne Gefährdung des Bestehens desselben den Gegenstand eines eigenen Rechtes in der Weise bilden kann, daß das eigene Recht auf die Ausübung unmittelbar geht, dieselbe erfaßt, wie das dingliche Recht die Sache erfaßt. Dann erscheint das eigene Recht auf Ausübung des fremden Rechts als Beschränkung desselben, nicht aber als Aufhebung. In dieser Weise muß auch die Stellung desjenigen gedacht werden, dem der Nießbraucher seinen Nießbrauch abgetreten hat."

Der Nießbraucher behält das nudum jus usus fructus, gerade so, wie der Eigentümer nach der Bestellung des Nießbrauchs das nudum jus proprietatis behält. Man wende nicht ein, das nudum jus sei ohne jeden tatsächlichen Inhalt, wenn der Nießbraucher sein Ausübungsrecht fortgibt, es sei ein bloßer Begriff ohne jeden Wert. Das ist nicht richtig. Nudum jus und Fruchtgenuß bilden zusammen den vollen Nießbrauch. Hierher gehört auch eine Entscheidung des Reichsgerichts,[1]) durch die die Bedeutung des nudum jus anerkannt und durch die dieser Einwand entkräftet wird: „Der Einwand des Berufungsgerichts, daß das Nutzungsrecht, abgelöst von seinen realen Erträgen, als ein rein ideeller Begriff überhaupt keinen Vermögenswert habe und daher auch das Vermögen

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 6 S. 211.

einer Person nicht vermindern könne, ist nicht zutreffend, da die Entstehung eines Vermögensrechtes ohne Rücksicht auf dessen Wert im rechtlichen Sinne immer eine Vermögensvermehrung bedeutet."

Die Übertragung der Ausübung begründet also für den Erwerber eine dinglich geschützte Rechtsstellung. Sein Recht ist gerichtet auf die Ausübung, diese geht aber auf den Fruchtgenuß, d. h. auf die Nießbrauchssache, ohne diese ist die Ausübung nicht denkbar. In letzter Linie ergreift also das Recht des Ausübenden auch die Sache. Aber es ist trotzdem kein dingliches Recht in dem Sinne von Sachenrecht, als solches ist es im römischen Recht nicht anerkannt. Sodann folgt aber, wie wir gesehen haben, der dingliche Schutz nicht aus einem neuen selbständigen Recht an der Sache, sondern aus der dinglichen Natur der Zession und dem dinglichen Nießbrauchsrechte des Usufruktuars.

Was nun das Erlöschen dieses übertragenen Ausübungsrechtes anlangt, so geht es naturgemäß unter, wenn das Nießbrauchsrecht selbst erlischt, also jedenfalls mit dem Tode des Nießbrauchers. Denn da es eine aus dem Nießbrauchsrechte entspringende, aus ihm seine Kraft schöpfende Befugnis ist, so muß es untergehen, wenn das Mutterrecht untergeht. Auch hier gilt der Satz nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. Das wird auch allgemein anerkannt. Wie aber verhält es sich, wenn der Nießbrauch durch Verzicht des Nießbrauchers, dadurch, daß derselbe sein Recht auf den Eigentümer überträgt, oder durch Konsolidation untergeht? Hierüber sind die Ansichten geteilt. Meines Erachtens berührt

der Verzicht des Nießbrauchers das Ausübungsrecht nach seiner Übertragung nicht. Wenn der Nießbraucher einem anderen das Recht eingeräumt hat, den Nießbrauch auszuüben, so kann er auch dieses Recht nicht mehr beeinträchtigen, denn eadem ratione et debitori obicitur exceptio. Das folgt aus der dinglichen Natur der Übertragung. Jede Willensbetätigung von seiner Seite, durch die die Ausübung beeinträchtigt oder unmöglich gemacht würde, ist wirkungslos. Der Nießbrauch besteht also in bezug auf das Ausübungsrecht fort, solange die durch die Übertragung der Ausübung begründete Beschränkung des Nießbrauchs dauert, bis er durch den Tod des Usufruktuars oder den Untergang der Nießbrauchssache von selbst erlischt. Auch das Reichsgericht[1]) hat sich in diesem Sinne ausgesprochen, daß nämlich „derjenige, welcher die Ausübung des Nießbrauches einem dritten übertragen hat, wenn er auch seinerseits dem Eigentümer gegenüber sein Recht aufgeben kann, das Recht über die Ausübung des Nießbrauchs anderweitig zu disponieren, verloren hat".

Dasselbe muß aber auch gelten, wenn der Nießbraucher das Eigentum der dienenden Sache erwirbt, denn da der Nießbraucher die Ausübung für die Dauer seines Lebens oder doch für eine bestimmte Zeit übertragen hat, dürfen die hierauf gegründeten Befugnisse Dritter auch nicht durch einen solchen Vorgang wieder genommen werden, ebensowenig wie der Nießbraucher durch einen späteren Verzicht das einmal begründete Recht des Ausübungsberechtigten verkümmern darf.[2])

[1]) Entscheidungen d. Reichsgerichts in Zivilsachen 16 S. 110.

[2]) Ebenso auch Siebeneicher a. a. O. 49.

Dernburg[1]) ist allerdings anderer Ansicht: „Ebenso gehen die Befugnisse des Kreditors zugrunde, wenn der Usufruktuar das Eigentum der dienenden Sache erwirbt, so daß sich der Usufrukt konfundiert, oder wenn er dem Nießbrauch freiwillig entsagt." Im Gegensatz dazu steht auch Windscheid[2]) auf dem von mir vertretenen Standpunkt und mit ihm die überwiegende Mehrheit der heutigen Literatur. Es sei hier noch bemerkt, daß das Ausübungsrecht nicht mit dem Tode des Ausübungsberechtigten erlischt, es geht vielmehr, wenn der Berechtigte vor dem Nießbraucher stirbt, auf dessen Erben über. Das ist in der schon oben zitierten Quellenstelle l. 8 § 2 D. 18, 6 ausdrücklich gesagt.

§ 5.

Die Verpfändung der Ausübung des Nießbrauchs.

Diese im vorigen Abschnitte entwickelten Grundsätze gelten in gleicher Weise wie für die Veräußerung durch Verkauf auch für die Verpfändung des Nießbrauchs, bezw. seiner Ausübung. Verkauf und Verpfändung fallen beide unter den Begriff der Veräußerung. Auch werden in unserer Quellenstelle l. 11 § 2 D. 20, 1 beide Fälle von Marcian zusammengestellt. Die Frage, was hier Gegenstand des Pfandrechts sei, ob der Gläubiger ein Pfandrecht am Nießbrauch selbst oder an der Ausübung desselben oder an der dienenden

---

[1]) Dernburg, Pfandrecht 1 S. 488.

[2]) Windscheid, Pandekten 1 S. 703.

Sache erwirkt, ist meines Erachtens ohne praktische Bedeutung. Sie ist gleichbedeutend mit der Frage, ob die Römer Rechte an Rechten anerkannt haben. Es kann aber nicht Aufgabe dieser Ausführungen sein, diese vielumstrittene Frage zu entscheiden. In letzter Linie wird ja doch immer, selbst wenn man Rechte an Rechten anerkennt, die körperliche Sache von dem Pfandgläubiger erfaßt. Der Ansicht Bremers,[1]) daß das Pfandrecht immer ein Recht als Gegenstand habe, daß selbst bei dem Sachenpfandrecht nicht die Sache, sondern das Eigentumsrecht Objekt des Pfandrechts ist, kann ich nicht zustimmen. Sie wird auch heute allgemein verworfen. Sohm[2]) läßt gemäß seiner Begriffsbestimmung des Pfandrechts den Vermögenswert des Usufrukts verpfändet werden. Gegenstand des Pfandrechts ist nach ihm das Recht des Nießbrauchs. Nach außen hin zeige sich das Pfandrecht als die Herrschaft über den Inhalt des Rechtes, als die Ausübung. Diese Konstruktion setzt den vielumstrittenen Satz über Rechte am Rechten als richtig voraus. Nach Exner[3]) ist Objekt dieses Pfandrechts die Nießbrauchssache, diese wird verpfändet, mit der Maßgabe, daß der Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung den an ihr bestehenden Nießbrauch veräußern dürfe, eine Ansicht, der mannigfache Bedenken entgegenstehen dürften.

Der Pfandgläubiger wird in Marcians Quellenstelle genau so behandelt, wie der Käufer, auch er erlangt dingliche

[1]) Bremer, Pfandrecht u. Pfandobjekte.

[2]) Sohm, Lehre vom subpignus 27 ff.

[3]) Exner, Kritik des Pfandrechts 65 f.

Rechtsstellung. Auch er wird, wie Dernburg[1]) sagt, wie der Käufer an die Stelle des Berechtigten, d. h. des Nießbrauchers gesetzt, so jedoch, daß alle seine Befugnisse zur Tilgung der Pfandschuld bestimmt sind. Auch erlangt er ein Recht zum Besitz und zum Fruchtgenuß der Nießbrauchssache. Unsere Quellenstelle spricht zwar nur von dem Fall, wo der Pfandgläubiger bereits den Besitz der Sache erlangt hat, wie ich aber schon früher ausgeführt habe, kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Pfandgläubiger sich auch mittels der ihm abgetretenen dinglichen Klagen des Nießbrauchers in den Besitz der Sache setzen kann. Auch die Stellung der Frage deutet darauf hin, dieselbe ist in gleicher Weise für die Verpfändung als pignus und als hypotheca gestellt. Außerdem ist, was hier angenommen wird, auch von der herrschenden Meinung. für die Verpfändung der Superfizies ausdrücklich anerkannt: l. 13 § 3 D. 20, 1: „Et in superficiis legitime consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem, sive tantum pactum conventum de hypotheca convenerit sive etiam possessio tradita deinde amissa sit.[2])

Man hat die Frage aufgeworfen, ob die Klage des Pfandgläubigers, mit der er sein Recht geltend macht, als actio hypothecaria oder als actio confessoria anzusehen

---

[1]) Dernburg, Pfandrecht 1 S. 487.

[2]) Bremer a. a. O. 124 f. behauptet, daß hier sowohl wie auch in l. 11 § 2 D. 20, 1 nur possessorischer Schutz gemeint sei. Diese Ansicht kann als richtig nicht anerkannt werden, sie widerspricht doch wohl dem Wortlaut der Quellen.

sei. Für ersteres tritt vor allem Arndts[1]) ein; meines Erachtens ist es jedoch auf Grund der obigen Ausführungen eine actio confessoria utilis. Mit Recht sagt Windscheid[2]): „Man wird sich für eine actio confessoria entscheiden müssen. Es ist das verpfändete Recht, das er geltend macht kraft des Pfandrechts." Dem stimmt auch Dernburg[3]) bei: „Dem Pfandgläubiger steht eine actio confessoria utilis zu." Auch kann er sie gegen den Nießbraucher selbst geltend machen. Diese Ansicht vertritt im Anschluß an Büchel[4]) auch Sintenis.[5])

Was nun endlich die Befriedigung des Pfandgläubigers anlangt, so hat er sowohl das jus exigendi, wie das jus distrahendi. Er ist also befugt die Früchte zu ziehen und sich durch sie zu befriedigen. Das geht aus l. 11 § 2 D. 20, 1 deutlich hervor. Denn dieselbe spricht ja gerade von dem Fall, wo der Pfandgläubiger utitur fruitur. An den so gezogenen Früchten erwirbt er meiner Ansicht nach Eigentum. Windscheid[6]) will ihm allerdings in Übereinstimmung mit Lang[7]) nur ein Pfandrecht an den Früchten gewähren: „Auf den Ertrag dieser Rechte, die Früchte der Sache erstreckt

---

[1]) Arndts in Lindes Zeitschrift Bd. 2.

[2]) Windscheid, Pandekten Bd. 1 § 239 Anm. 2.

[3]) Dernburg, Pfandrecht 1 S. 487 f.

[4]) Büchel, Zivilrechtl. Erörterungen 1: Über jura in re und deren Verpfändung.

[5]) Sintenis, Pfandrecht 131 Anm. 6.

[6]) Windscheid, Pandekten Bd. 1 § 239 S. 1087.

[7]) Lang, im ArchCivPrax. 29 S. 510.

sich das Pfandrecht nach den für das Pfandrecht an körperlichen Sachen geltenden Vorschriften." Diese Ansicht halte ich nicht für richtig, vielmehr möchte ich Dernburg[1]) zustimmen: „Der Pfandgläubiger erhält die Ausübung des Usufrukts zu den Zwecken des Pfandrechts, er kann und soll also die Früchte durch Perzeption gewinnen und auf diese Weise die versicherte Forderung nach Möglichkeit tilgen." Zu diesem Resultat gelangt, freilich auf anderem Wege, auch Haase.[2]) Erwürbe der Pfandgläubiger nur ein Pfandrecht an den Früchten, so wäre die Verpfändung des Usufrukts, wenigstens zu Faustpfand, nichts anderes wie die Verpfändung künftiger Sachen gemäß l. 15 pr. D. de pignoribus 20, 1. Durch die Zusammenstellung des Pfandgläubigers mit dem Käufer will aber Marcian doch wohl andeuten, daß er ebenso gestellt ist wie dieser. Der Käufer aber erlangt zweifellos das Eigentum an den Früchten mit der Perzeption. Allerdings wird bei dem Pfandvertrage maßgebend sein der Wille der Parteien. Im Zweifel wird man aber wohl annehmen können, daß die Absicht derselben dahin geht, daß der Pfandgläubiger, analog wie bei dem pactum antichreticum, berechtigt und verpflichtet ist, die Früchte zu ziehen und ihren Wert auf die Pfandschuld anzurechnen. Sobald diese getilgt ist, erlischt das Recht des Gläubigers auf die Ausübung des Nießbrauchs, denn nur zu diesem Zwecke ist es ihm übertragen. Von diesem Augenblicke an ist also der

---

[1]) Dernburg, Pandekten Bd. 1 § 293 S. 707.

[2]) Haase in Iherings Jahrbüchern 36 S. 303.

Nießbraucher wieder zur Ausübung des Nießbrauchs berechtigt.

Was das jus distrahendi des Pfandgläubigers anlangt, so kann er mit Fälligwerden der Pfandschuld, statt die Ausübung des Nießbrauchs selbst vorzunehmen, das ihm übertragene Ausübungsrecht nach den allgemeinen pfandrechtlichen Vorschriften an einen anderen veräußern und sich aus dem Erlös befriedigen. Der Erwerber erlangt damit dieselbe Stellung, die er erlangen würde, wenn ihm der Nießbraucher selbst die Ausübung des Nießbrauchs verkauft hätte. Der Pfandgläubiger verliert sein Recht damit, er ist durch den Verkauf befriedigt. Für die Stellung des Erwerbers gelten dann dieselben Grundsätze, wie ich sie oben entwickelt habe. Dieser Ansicht sind auch Sintenis,[1]) Büchel[2]) und Hepp[3]) und mit ihnen die herrschende Meinung. Nur Gesterding[4]) verneint die Möglichkeit des jus distrahendi des Pfandgläubigers in diesem Falle: „Ein Verkauf, welcher jure usus fructus geschieht, gehört nicht hierher; und von einem Verkauf jure pignores kann in Hinsicht auf den Usufruktus nicht die Rede sein. Das jus distrahendi, wie es aus dem Pfandrecht entspringt, fällt hier weg und wenn es ausgeübt werden darf, so ist es in Hinsicht auf die Früchte." Diese Ansicht kann nicht als die richtige anerkannt werden, sie wird auch heute allgemein verworfen.

---

[1]) Sintenis, Pfandrecht 132.

[2]) Büchel, Zivilrechtl. Erörterung 1, 387 Anm. 2.

[3]) Hepp, ArchCivPrax. 13 S. 347 f.

[4]) Gesterding, Pfandrecht 74.

Zum Schluß noch eine kurze Bemerkung. Es versteht sich, daß der dingliche Schutz des Erwerbers der Ausübung des Nießbrauchs, sei er nun Pfandgläubiger oder Käufer, gegen den Eigentümer der Nießbrauchssache nur so weit geht, als die Ausübung in den Grenzen der dem Nießbraucher eingeräumten Befugnisse bleibt. Geht sie darüber hinaus, so steht einer diesbezüglichen Klage des Eigentümers keine Einrede des Ausübenden entgegen, ebensowenig wie in einem solchen Falle dem Nießbraucher selbst eine Einrede zusteht, wenn er seine Befugnisse überschreitet. Der Ausübungsempfänger kann auch in dieser Hinsicht nicht mehr Rechte erwerben, als der Nießbraucher selbst hatte.

§ 6.

IV. Die Verpfändung des Nießbrauchs durch den Eigentümer.

Wenden wir uns nunmehr zu dem zweiten Teil unserer Frage: Verpfändung des Nießbrauchs durch den Eigentümer. Auch hier wird der Gläubiger, wie schon oben gesagt, dinglich geschützt. Wie man sich aber das Verhältnis näher zu denken habe, was insbesondere hier Objekt des Pfandrechts ist, darüber gibt uns weder Marcian noch ein anderer römischer Rechtslehrer nähere Auskunft. Wir sind also darauf angewiesen, unter Berücksichtigung des Wesens des Pfandrechts und des Nießbrauchs die Verpfändung des Nießbrauchs durch den Eigentümer zu erklären. Viele Schriftsteller haben sich schon damit beschäftigt und fast ebenso viele verschiedene Ansichten sind hier geäußert worden. Nur in einem Punkte sind sich

alle einig, nämlich darin, daß der Usufrukt vor der Verpfändung als Servitut rechtlich zunächst noch gar nicht existiert. Denn wie Büchel,[1]) dessen Ausführungen über diesen Gegenstand für die heutigen Ansichten von grundlegender Bedeutung sind, richtig ausführt, bestanden die die pfandweise eingeräumte Servitut bildenden Befugnisse vor ihrer Verpfändung bei dem Eigentümer nicht als selbständiges Recht neben dem Eigentum, sondern sie bildeten nur Ausflüsse seines Eigentums, denn niemand kann an seiner eigenen Sache eine Servitut haben.[2]) Daran ändert auch der Ausspruch des Paulus[3]) meiner Ansicht nach nichts: „Usus fructus in multis casibus pars dominii est et exstat, quod vel praesens vel ex die dari potest.“ Denn damit ist nicht gemeint, daß die Servitut als solche bei dem Eigentümer besteht, daß sie neben dem Eigentum als selbständiges Recht für den Eigentümer existiert, vielmehr umfaßt das Eigentum als das umfassendste aller dinglichen Rechte auch das Nießbrauchsrecht, d. h. die in dem Usufrukt als selbständigem Rechte an der Sache verkörperten Befugnisse. Das jus utendi fruendi ist in dem Eigentum enthalten ebenso wie das Recht über die Substanz der Sache zu verfügen. Erst wenn diese Teile losgelöst einem anderen übertragen werden, erlangen sie selbständige Natur, erst dann können sie als selbständige Rechte angesehen werden. Was ist demnach darunter zu verstehen, wenn Marcian

---

[1]) Büchel a. a. O. 361.

[2]) Nulli res sua servit. l. 26 D. 8, 2.

[3]) l. 4 D. de usufr. 7, 1.

von einer Verpfändung des Usufruktes durch den Eigentümer, oder wie die neueren Schriftsteller sagen, von einer servitus pignoris causa constituenda spricht? Auch hier möchte ich zunächst die hauptsächlichsten Ansichten kurz berühren, um dann die Grundsätze zu entwickeln, die meiner Ansicht nach den Quellen am meisten entsprechen.

§ 7.

Die verschiedenen Konstruktionsversuche.

Die ältere Doktrin, vertreten vor allem von Glück[1]) und im Anschluß an ihn von Gesterding, lehrte, der Eigentümer räume seinem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung einen Nießbrauch ein. Der Pfandgläubiger wird selbst Servitutberechtigter, in seiner Person wird der Nießbrauch pignoris causa bestellt: „Damit sind dann die Früchte verpfändet, welche die Sache hervorbringt und zugleich ist das Recht eingeräumt diese Früchte selbst zu gewinnen."[2]) Was das aus dem Pfandrechte entspringende jus distrahendi anlangt, so leugnet Gesterding[2]) ein solches: „Für den Eigentümer, der nur einen Nießbrauch verpfändete, würde durch den Verkauf desselben das Eigentum verloren gehen, wenigstens allen Wert verlieren. Es würde hier durch Verpfändung ein Recht entstehen, was nicht einmal durch Verkauf entsteht, was es gar nicht gibt, nämlich ein usus fructus, der nie ein Ende nimmt. Die Wahrheit scheint zu sein, daß von gar keinem

[1]) Glück, Pandekten 19 S. 209.

[2]) Gesterding a. a. O. 69 u. 72.

Verkauf des Nießbrauchs als einer Äußerung des aus dem Pfandrecht entspringenden juris distrahendi die Rede sein kann." Vielmehr geht seiner Meinung nach die Absicht der Kontrahenten dahin, daß der Pfandgläubiger, durch die Früchte, die der Nießbrauch gewährt, gesichert sein soll. Verkaufen könne er höchstens die Ausübung des Nießbrauchs, doch wäre dies nicht ein Pfandverkauf, es wäre die ganze Handlung auf das Rechtsverhältnis des Gläubigers zu seinem Schuldner ohne Einfluß. Diese Ansicht wird in neuerer Zeit noch vertreten von Dernburg[1]) und im Anschluß an ihn von Wendt.[2]) Auch nach Dernburg entsteht durch die Verpfändung ein Usufrukt in der Person des Pfandgläubigers. Dieser ist Nießbraucher, er hat die actio confessoria, das Recht die Früchte durch Perzeption zu gewinnen, hat aber alle seine Befugnisse für die Deckung der Pfandschuld zu verwenden. Im Gegensatz zu Gesterding gewährt ihm jedoch Dernburg das jus distrahendi, aber nur in bezug auf die Ausübung des Nießbrauchs, dieser selbst bleibt an seine Person geknüpft. Derselbe erlischt außer mit dem Tode des Pfandgläubigers mit dem Augenblicke der Tilgung der Pfandschuld, falls es nicht vorher zum gültigen Verkaufe der Ausübung gekommen ist. Im Prinzip steht auch Hepp[3]) auf diesem Standpunkt, der nur verlangt, daß die Konstituierung der Servitut ihrer Verpfändung voraufgehen müsse,

---

[1]) Dernburg, Pfandrecht 1 S. 489 ff.

[2]) Wendt, Pandekten § 162, 5 S. 106.

[3]) Hepp, Im Archiv für die zivilistische Praxis 15 S. 83, 84.

da etwas noch gar nicht existierendes auch nicht verpfändet werden könne. Auch nach Hepp ist aber der Pfandgläubiger Servitutberechtigter, er ist zum Fruchtgenuß als Nießbraucher berechtigt und hat ein jus distrahendi in bezug auf die Ausübung.

Diese Theorien werden heute von der herrschenden Meinung mit Recht bekämpft, denn es machen sich, wie wir sehen werden, gegen sie schwerwiegende Bedenken geltend. Vor allem war es Büchel,[1]) dem das Verdienst gebührt, dieses Problem in einer anderen, den Anforderungen des Lebens und dem Wesen des Pfandrechts besser entsprechenden Weise beantwortet zu haben. Büchel führt etwa folgendes aus: Der Nießbrauch als solcher bestehe vor der Verpfändung noch nicht, der Eigentümer könne niemals Träger des Usufrukts sein, denn nulli res sua servit. Aber auch der Pfandgläubiger könne nicht als Servitutsberechtigter in Betracht kommen, denn das stände mit dem Wesen des Pfandrechts in Widerspruch. „Dem Pfandgläubiger gehört niemals das ihm verpfändete Objekt, auch nicht etwa bestimmte intellektuelle, aus dem Umfang des verpfändeten Rechts abgelöste Bestandteile, sondern das verpfändete Objekt ist immer nur in der Weise verhaftet, daß er zum Zwecke seiner Sicherheit sich in den Besitz desselben setzen kann und es, um zu seiner endlichen Befriedigung zu gelangen, veräußern kann." So wenig daher der Pfandgläubiger, dem eine Sache verpfändet worden sei, Eigentümer derselben werde, so wenig könne auch der Pfand-

[1]) Büchel a. a. O. 360 ff.

gläubiger, dem nur bestimmte intellektuelle Befugnisse aus dem Eigentum verpfändet worden seien, diese Befugnisse dem Rechte nach als seine Befugnisse in Anspruch nehmen. Er könne demgemäß also auch nicht als Usufruktuar in Betracht kommen, wenn der Eigentümer ihm pfandweise einen Nießbrauch eingeräumt habe. Das gehe auch aus l. 11 § 2 D. 20, 1 deutlich hervor, wo Marcian dem Pfandgläubiger nicht die Einrede gebe, jus sibi esse uti frui, der Pfandgläubiger sich nicht auf ein ihm zustehendes Nießbrauchsrecht berufen könne, sondern nur auf den Verpfändungsvertrag zwischen ihm und seinem Schuldner. Nach Büchel wird der Nießbrauch nur faktisch aus dem Eigentum des Schuldners losgelöst, rechtliche Existenz erlangt er noch nicht. Der Pfandgläubiger hat vielmehr zu seiner Befriedigung nur die Stellung eines Nießbrauchers, er befindet sich in der quasi possessio des Nießbrauchs, hat nur seine Ausübung. Demnach könne sein Pfandrecht auch nicht mit seinem Tode erlöschen, wie man annehmen muß, wenn man mit Gesterding den Pfandgläubiger zum Servitutsberechtigten mache, da ja der Nießbrauch unvererblich sei. Zu seiner Befriedigung habe der Pfandgläubiger einmal das Recht die Früchte selbst zu ziehen und dann erwerbe er an ihnen ein Pfandrecht; er habe aber auch ein jus distrahendi. Durch die Veräußerung der ihm verpfändeten Befugnisse werde dann erst ein Nießbrauchsrecht konstituiert, nicht für den Gläubiger, sondern für den Pfandkäufer: „er veräußert bei der Veräußerung der ihm pfandweise eingeräumten Servitut so wenig sein Recht, obgleich sein Pfandrecht damit aufhört, als derjenige, dem eine Sache

vom Eigentümer verpfändet worden ist, durch die Veräußerung sein Eigentum veräußert, er veräußert vielmehr kraft der ihm eingeräumten Befugnis, die ihm zu diesem Behufe angewiesenen, bisher rechtlich noch im Umfange des Eigentums enthaltenen Bestandteile des letzteren; er löst diese allererst auch dem Rechte nach aus dem Umfange des Eigentums ab und konstituiert so das, was er bloß der Ausübung nach hatte, bei dem Käufer dem Rechte nach."[1])

Diese Ansicht, daß erst durch den Pfandverkauf ein Nießbrauch in der Person des Erwerbers begründet werde, ist heute als die herrschende anzusehen. Auf Büchel fußen die meisten Rechtslehrer, die sich nach ihm mit dieser Frage beschäftigt haben, obwohl sie im einzelnen, besonders was die Konstruktion anlangt, häufig anderer Meinung sind. Abgesehen davon, daß Büchel aus seiner Aufstellung einige Konsequenzen zieht, die meiner Ansicht nach nicht richtig sind, läßt er vor allem die Frage unberührt, was hier als Gegenstand des Pfandrechts anzusehen sei. Auch hier fällt diese Frage, ebenso wie bei der Verpfändung des Nießbrauchs durch den Usufruktuar, meines Erachtens mit der Frage zusammen, ob die Römer Rechte an Rechten anerkannt haben. Sohm,[2]) der wie schon oben erwähnt, diese Frage bejaht, nimmt als Objekt des Pfandrechts „die Summe von Befugnissen an, die den Inhalt der Servitut bilden". Im übrigen hat auch nach seiner Ansicht der Gläubiger das jus utendi

---

[1]) Büchel a. a. O. 365.

[2]) Sohm, subpignus 32.

fruendi, nicht als Servitutberechtigter, sondern kraft des ihm zustehenden Pfandrechts, also auch nur auf die Dauer desselben. Er hat ferner das Recht die Servitut selbst einem anderen kaufweise zu bestellen; in dem Kaufpreise stellt sich der Vermögenswert der ihm verpfändeten Befugnisse dar. Formell schließen sich dieselben zu einer Servitut erst bei dem Käufer zusammen. Dieser hat dieselbe dann gerade so, wie wenn sie ihm von dem Eigentümer der Sache bestellt worden wäre.

Gemäß seiner Begriffsbestimmung des Pfandrechts konstruiert auch Bremer[1]) das Pfandrecht des Gläubigers als an dem Eigentumsrecht des Verpfänders bestehend, soweit sich dasselbe in der Bestellung einer Servitut äußert. Gegen diese Theorie macht mit Recht Kohler[2]) geltend, daß, wenn das Eigentum des Pfandschuldners Objekt des Pfandrechts sei, durch Dereliktion des Eigentümers alle Pfandrechte an der Pfandsache erlöschen müssen, da ja dann das angebliche Objekt des Pfandrechts, das Eigentum und die Summe der in ihm enthaltenen Befugnisse zusammenstürzte und damit das Pfandrecht mangels seines Objekts sich in luftigen Nebel auflösen müsse. Mit dieser Konsequenz die nebenbei bemerkt, Bremer selbst zieht, ist aber die ganze Theorie gerichtet: „es genügte sie in die Praxis zu setzen und dem ganzen Realkredit mit einem Schlage den Todesstoß zu versetzen."[2])

Mit Recht werden diese Theorien von Sohm und

---

[1]) Bremer a. a. O. 55.

[2]) Kohler, Pfandrechtliche Forschungen 45.

Bremer heute von der herrschenden Meinung abgelehnt, wie denn überhaupt die Frage, ob die Römer Rechte an Rechten gekannt haben, heute allgemein verneint wird. Die herrschende Meinung geht vielmehr dahin, daß die Sache selbst unmittelbarer Gegenstand des Pfandrechts sei. Die Sache wird dem Gläubiger verpfändet mit der Befugnis, sich durch Bestellung eines Nießbrauchs an ihr zugunsten eines Dritten zu befriedigen. So sagt Windscheid[1]): „Den wirklichen Gegenstand eines solchen Pfandrechts bildet jedoch nicht das Recht, sondern allein die Sache; der Pfandgläubiger hat über die Sache rechtliche Macht, insofern er den Willen eines anderen zum entscheidenden Willen für sie machen und zu diesem Ende, soweit es nötig ist, auch den Besitz einfordern kann." Ähnlich drückt sich auch Kohler[2]) aus: „Die Verpfändung eines zu konstruierenden Usufrukts ist nichts anderes als die Verpfändung der Sache selbst mit einer Ausbeutungsbefugnis, welche sich in den Schranken des Usufrukts hält. Gegenstand der Verpfändung ist das Sachgut." Ähnlich äußern sich auch Lang,[3]) Sintenis,[4]) Exner[5]) und andere.

Diese kurzen Andeutungen mögen zunächst genügen, um die verschiedenen Konstruktionsversuche zu charakterisieren. Verschiedene von ihnen werden wir im folgenden noch zu berücksichtigen haben.

---

[1]) Windscheid, Pandekten 1 § 227 S. 1027.

[2]) Kohler a. a. O. 36.

[3]) Lang, Im Archiv für die ziv. Praxis 29.

[4]) Sintenis, Gemeines Pfandrecht.

[5]) Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs.

§ 8.

Die rechtliche Stellung des Pfandgläubigers und seine Befriedigung.

Marcian stellt in der l. 11 § 2 D. 20,1 die Verpfändung des Usufrukts durch den Eigentümer mit der Verpfändung desselben durch den Usufruktuar eng zusammen und gewährt dem Pfandgläubiger in beiden Fällen dinglichen Schutz. Daß beide Fälle also in Rom völlig gleichartig behandelt wurden, wenigstens was die Stellung des Pfandgläubigers anbetrifft, ist unzweifelhaft. Schon ganz am Anfange dieser Ausführungen habe ich hervorgehoben, daß dem Gläubiger in beiden Fällen der Verpfändung eines Nießbrauchs vom Prätor dieselbe exceptio gegen die Klage des Eigentümers auf Unterlassung des uti frui gewährt wird. Ebenso wie bei der Verpfändung eines bestehenden Usufrukts der Gläubiger sich nicht auf ein eigenes selbständiges Recht an der Sache berufen kann, so wenig kann er sich auch hier auf ein solches berufen. Die ihm gewährte exceptio lautet auch hier nicht jus sibi esse uti frui, sondern si non inter creditorem et debitorem convenerit usw. Nur auf die pignoris conventio kann er sich berufen. Daraus folgt klar und deutlich, daß er nicht Servitutberechtigter wird, denn als solcher würde er ein selbständiges Recht an der Sache haben. Damit erledigt sich von selbst die Theorie Gesterdings und Dernburgs. Der Pfandgläubiger erhält vielmehr genau dieselbe Stellung wie derjenige, dem der Nießbrauch vom Usufruktuar verpfändet worden ist. Er hat,

wenn man so sagen will, auch nur die Ausübung des Nießbrauchs. Der Eigentümer räumt ihm zu Pfandzwecken die Befugnis ein, die Sache zu gebrauchen und zu nutzen wie ein Nießbraucher. Wie der Eigentümer berechtigt ist, seinem Gläubiger das Recht einzuräumen, über die Pfandsache zu verfügen, wie wenn er Eigentümer wäre, so kann er dem Pfandgläubiger auch nur eine beschränkte Verfügungsmacht über die Sache einräumen; der Gläubiger soll nur diejenigen Rechte haben in bezug auf die Sache, die ein Nießbraucher hat. Dies ergibt sich meines Erachtens aus der Quellenstelle l. 11 § 2 D. 20, 1. Es soll allerdings nicht geleugnet werden, daß der Eigentümer auch berechtigt ist, seinem Gläubiger zu Pfandzwecken einen Nießbrauch zwecks Befriedigung einzuräumen, so daß der Pfandgläubiger Träger des Nießbrauchsrechtes wird. Daß Marcian das aber in der zitierten lex sagen will, kann nicht als richtig anerkannt werden.

Was die Befriedigung des Pfandgläubigers anlangt, so hat er zunächst das Recht den Nießbrauch selbst auszuüben. Das geht aus der l. 11 § 2 deutlich hervor, es gilt hier dasselbe wie für den Fall der Verpfändung des Nießbrauchs durch den Servitutberechtigten. Die Klage, mit der er sich in den Besitz der Sache setzen kann, um die Sache zu gebrauchen und die Früchte zu ziehen, ist hier natürlich eine actio hypothecaria, denn die Nießbrauchsklage, die actio confessoria, kann es nicht sein, da ja das Recht, aus dem dieselbe entspringt, hier noch gar nicht vorhanden ist. Diese Ansicht wird auch von Kohler[1]) vertreten: „Der Anspruch

[1]) Kohler a. a. O. 263.

des Gläubigers auf ungestörte Ausbeute innerhalb seiner Sphäre ist natürlich eine actio hypothecaria, keine actio confessoria." Bezüglich seiner Befriedigung gilt im übrigen das gleiche wie im ersten Fall. Auch hier ist er zum Besitze berechtigt, zum Fruchtgenuß berechtigt und verpflichtet und erwirbt das Eigentum an den Früchten durch Perzeption, hat ihren Wert aber auf die Pfandschuld anzurechnen. Ihm nur ein Pfandrecht an den gezogenen Früchten zu gewähren, wie Büchel es tut, ist meiner Ansicht nach nicht richtig, denn er steht an Stelle des Nießbrauchers, nicht die Früchte sind ihm verpfändet, sondern er hat die Befugnis die Früchte zu ziehen wie ein Nießbraucher. Sein Recht erlischt naturgemäß mit der Tilgung der Pfandschuld. Dagegen geht es, wenn der Pfandgläubiger vorher stirbt, auf die Erben über, es erlischt nicht mit seinem Tode, wie diejenigen annehmen müssen, die ihn zum Träger des Nießbrauchsrechtes machen.

Als Pfandgläubiger steht ihm aber auch ein jus distrahendi zu. Versagt man ihm das Recht, sich durch Veräußerung seiner Rechte zu befriedigen, wie es Gesterding tut, so leugnet man damit die Annahme eines eigentlichen Pfandrechts. Daß wir es aber mit einem solchen zu tun haben, folgt aus dem Texte der zitierten Quellenstelle. Denn Marcian spricht von pignus und hypotheca, den beiden Bestellungsarten eines echten Pfandrechts. Wie die Befriedigung auf diese Weise erfolgt, darüber läßt uns Marcian allerdings im Zweifel, und auch sonst ist uns in den Quellen nirgends ein Anhaltspunkt gegeben. Wir sind auf Hypothesen angewiesen, und der juristischen Konstruktion und Spekulation

ist damit ein weiter Spielraum gegeben. Aus dem Wesen des Pfandrechts folgt nur so viel, daß der Pfandgläubiger nicht mehr veräußern kann, als ihm verpfändet worden ist. Keinesfalls also kann er die Sache selbst veräußern, so daß der Erwerber Eigentümer derselben wird. Er kann auf den Erwerber nur so viel Rechte übertragen, als ihm selbst eingeräumt worden sind. „Er kann", wie Kohler[1]) richtig ausführt, „in der Person des Erwerbers nur dasjenige Recht begründen, welches dem Umfange von Ausbeutebefugnissen entspricht, die ihm zu Gebote stehen. Die Beschränkungen des Pfandrechts kehren eben in dem Rechte wieder, welches der Gläubiger in der Person des Erwerbers begründet." Er kann in der Person des Erwerbers also höchstens einen Nießbrauch begründen, denn nur die Befugnisse, die dem Nießbrauche entsprechen, waren ihm zur Verfügung gestellt. Die juristische Konstruktion wäre die folgende: der Gläubiger erwirbt ein Pfandrecht an der Sache mit der Befugnis, entweder selbst die Sache innerhalb der Sphäre des Nießbrauchs zu nutzen und zu gebrauchen, bis er befriedigt ist, oder einem anderen an der Sache ein selbständiges Recht, einen Usufrukt zu bestellen: Pfandrecht mit Servitutenbestellungsrecht. Sein Pfandrecht würde damit erlöschen, durch den Kaufpreis würde er befriedigt werden. Dies wird heute von der herrschenden Meinung allgemein angenommen, sie wird unter anderen hauptsächlich von Windscheid und Kohler vertreten.

Juristisch möglich ist diese Art der Befriedigung gewiß,

---

[1]) Kohler a. a. O. 261.

ob sie aber in Rom gebräuchlich war, wissen wir nicht. Maßgebend wird voraussichtlich der Pfandkontrakt gewesen sein, besonders hinsichtlich der Dauer des so begründeten Nießbrauchs, von wessen Person derselbe, was seine Dauer anlangt, abhängen soll. Der Pfandvertrag kann hier jedenfalls verschiedenes bestimmen. Es ist denkbar, daß sich der Nießbrauch einzig und allein nach der Person des Erwerbers, für den und in dessen Person er begründet wird, richten soll, es ist aber auch denkbar, daß das Leben des Pfandgläubigers ausschlaggebend sein soll. Daß das letztere das häufigere und im Zweifel als vereinbart anzusehen sei, wird vor allem von Kohler[1]) angenommen, der mit Recht meint, es folge das einmal daraus, „daß es nicht wohl als die den Verhältnissen entsprechende Verkehrsmeinung erachtet werden kann, daß es der Pfandgläubiger in der Hand haben soll, nach seinem Belieben einen Usufrukt von Alt oder Jung, von Greis oder Knabe zu bestellen oder gar den 100jährigen Usufrukt einer juristischen Person zu begründen, sodann aber auch daraus, daß sich Nutzpfand und Distraktionspfand entsprechen".

[1]) Kohler a. a. O. 263 ff.

Zweiter Teil.

Deutsches bürgerliches Recht.

I. Verpfändung des Nießbrauchs durch den Nießbraucher.

§ 9. Die Verpfändbarkeit des Nießbrauchs.

Die Definition, die das BGB. vom Nießbrauch gibt, deckt sich mit der des römischen Rechts. § 1030 bestimmt nämlich: „Eine Sache kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, die Nutzungen der Sache zu ziehen." Der Nießbrauch ist ein dingliches Recht, ein Sachenrecht, ein jus in re, das zugunsten einer bestimmten Person besteht. Der Nießbrauch ist ferner eine persönliche Dienstbarkeit, er kann nur zugunsten einer bestimmten physischen oder juristischen Person bestellt werden. Der Nießbraucher erlangt ein eigenes selbständiges Recht an der Sache, kraft dessen er berechtigt ist, die Nutzungen der Sache zu ziehen, ohne jedoch befugt zu sein, die Sache selbst umzugestalten oder wesentlich zu verändern, § 1037: jus utendi fruendi alienis rebus salva rerum substantia. Wie in Rom so ist der Nießbrauch auch nach BGB. ein höchstpersönliches Recht, das vom Berechtigten

nicht seinem vollen Inhalt nach auf einen anderen übertragen werden kann, er ist unveräußerlich und unvererblich, § 1059: „Der Nießbrauch ist nicht übertragbar." Die Gründe, welche den Gesetzgeber veranlaßt haben, diese Servitut für unübertragbar zu erklären, werden wir später sehen. Der Nießbrauch, das dingliche Recht selbst, kann also nicht von der Person des Berechtigten seinem vollen Umfange nach losgelöst werden, derart, daß derselbe nunmehr seinem vollen Inhalte nach für einen anderen in dessen Person besteht, so daß der bisherige Nießbraucher völlig ausscheidet und die Servitut ihrem rechtlichen Bestande nach sich an die Person des Erwerbers knüpft. Gleichwie im römischen Recht kann aber die Ausübung des Nießbrauchs gemäß § 1059 BGB. einem anderen überlassen werden.[1]) Der Nießbraucher ist wohl berechtigt, den Nießbrauch selbst auszuüben, er ist aber nicht dazu verpflichtet; vielmehr kann er die Ausübung einem anderen entgeltlich oder unentgeltlich überlassen, sie auf einen anderen übertragen. Dazu ist er befugt, ohne in irgend einer Weise an die Einwilligung des Eigentümers der Nießbrauchssache gebunden zu sein. Die Grundbestimmungen sind also auch nach heutigem Rechte dieselben wie in Rom: Unübertragbarkeit des Nießbrauchs selbst, Übertragbarkeit seiner Ausübung.

---

[1]) Unter Überlassen ist zu verstehen die Abtretung der aus dem Nießbrauchsrechte entspringenden Befugnis zur Ausübung. In gleicher Weise gebraucht auch das Gesetz den Ausdruck „überlassen" im § 559 bei der Miete. Auch hier handelt es sich um eine Abtretung von Rechten, wie Crome, Syst. d. bürgerl. R. Bd. 2 § 241 S. 559 II richtig bemerkt.

Wie steht es nun mit der Verpfändung eines derartigen Rechtes? Das BGB. bestimmt im § 1273: „Gegenstand des Pfandrechts kann auch ein Recht sein." Und zwar ist im Prinzip jedes Recht verpfändbar, das einen Vermögenswert hat. Jedoch gibt das BGB. in § 1274 Abs. 2 eine Einschränkung von dieser Regel. „Soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann ein Pfandrecht an dem Rechte nicht bestellt werden." Daraus folgern nun die meisten Kommentare und Lehrbücher des BGB., daß der Nießbrauch nicht verpfändet werden könne. Denn der Nießbrauch sei nicht übertragbar, folglich könne er auch nicht mit einem dinglichen Pfandrecht belastet werden. So sagt Planck[1]): „Aus der Unzulässigkeit der Übertragung des Nießbrauchs folgt die Unzulässigkeit der Belastung mit einem Nießbrauch oder mit einem Pfandrecht." Das ist die Argumentierung der herrschenden Meinung, die sich auf die Verhandlungen der 2. Kommission stützt, wo von der Mehrheit der Standpunkt vertreten wurde, daß der Nießbrauch sich nicht zur Kreditgrundlage eigene, da er seinem Wesen nach ein höchstpersönliches Recht sei, durch ihn eine Vertrauensstellung des Nießbrauchers dem Eigentümer gegenüber erzeugt werde.[2]) Was soll denn aber mit den Worten „Soweit ein Recht nicht übertragbar ist" gesagt sein? Meines Erachtens folgt daraus per argumentum e contrario, daß ein Recht verpfändet werden kann, soweit es veräußerlich ist; soweit kann es Gegenstand

---

[1]) Planck, BGB. 3, 367.

[2]) Protokolle der 2. Kommission 3 S. 223, 409.

eines eigentlichen Pfandrechts sein. Bei dem Nießbrauch ist die Ausübung übertragbar, veräußerlich, soweit ist der Nießbrauch übertragbar, folglich ist er soweit, d. h. seiner Ausübung nach, auch verpfändbar. Das BGB. enthält sich jeder näheren Bestimmung darüber, wie diese Zweifel zu lösen seien. Daß aber die juristische Möglichkeit gegeben ist, so zu argumentieren, lehrt uns ein Blick in die ZPO. In der ZPO. ist nämlich im § 857 Abs. 3 ausdrücklich gesagt: „Ein unveräußerliches Recht ist in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung insoweit unterworfen, als die Ausübung einem anderen übertragen werden kann." Eine Pfändung des Nießbrauchs wird auch demgemäß allgemein anerkannt, soweit seine Ausübung übertragen werden kann, soweit er übertragbar ist. Damit ist der von der 2. Kommission vertretene Standpunkt vom Gesetz selbst jedenfalls nicht anerkannt worden, die Protokolle können also keinen Einfluß mehr haben bei Beantwortung der Frage, ob und wie weit der Nießbrauch verpfändbar ist. Denn maßgebend ist allein das Gesetz, nicht die häufig sogar in den Protokollen unrichtig wiedergegebenen Äußerungen der Mehrheit. Die Möglichkeit der Pfändung des Nießbrauchs wird denn auch allgemein anerkannt. So sagt Gaupp-Stein[1]): „Da aber die Ausübung einem anderen bei dem Nießbrauch unbedingt überlassen werden kann, so ist er insoweit, d. h. seiner Ausübung nach, nach Abs. 3 pfändbar." Dies erkennt auch Planck[2]) an: „Da-

[1]) Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. 2 S. 638.

[2]) Planck a. a. O. 3 S. 367.

gegen unterliegt der Nießbrauch, weil seine Ausübung einem anderen überlassen werden kann, der Pfändung nach ZPO. § 857 Abs. 3." Was aber rechtfertigt die Annahme, daß man den Nießbrauch seiner Ausübung nach, wie Planck will, zwar pfänden könne, daß also durch die Pfändung ein Pfandrecht begründet werden könne, nicht aber durch freiwillige Verpfändung. BGB. und ZPO. ergänzen einander, die ZPO. schöpft das materielle Recht, dessen sie zu ihren mehr formellen Vorschriften bedarf, aus dem BGB. Sie schafft nicht neues materielles Recht, sondern wendet das im BGB. gegebene nur zu ihren besonderen Zwecken an. Wenn also die ZPO. aus der Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs die Möglichkeit der Pfändung des Nießbrauchs seiner Ausübung nach folgert, warum soll das BGB., auf Grund dessen die ZPO. doch zu diesem Resultat gelangt, eine freiwillige Verpfändung des Nießbrauchs, soweit er übertragbar ist, d. h. seiner Ausübung nach, verbieten? Meiner Ansicht nach bietet gerade die Fassung des Gesetzes „Soweit" die Handhabe dazu, die Möglichkeit der Verpfändung des Nießbrauchs seiner Ausübung nach anzunehmen, und zwar in der Weise, daß das Pfandrecht streng genommen nicht am Nießbrauche als Ganzem besteht, sondern nur an dem übertragbaren Teil desselben.

Auch praktische Gründe sprechen für eine derartige Annahme. Denn wenn man die Möglichkeit der freiwilligen Verpfändung verneint, die Möglichkeit der zwangsweisen Pfändung aber bejaht, so würden die Kontrahenten ihr Ziel durch eine Pfändung trotzdem erreichen. Der Gläubiger

würde beispielsweise auf Grund eines sofort vollstreckbaren Anerkenntnisurteils die Pfändung der Ausübung des Nießbrauchs vornehmen und damit auf gesetzlichem Wege zu demselben Resultat gelangen, dessen Erreichung ihm auf dem einfacheren Wege der freiwilligen außergerichtlichen Verpfändung mit derselben Wirkung nicht möglich ist. Die gerichtliche Pfändung wäre demnach nur eine Form der Verpfändung,[1]) den Parteien würden nur unnötige Kosten und Unannehmlichkeiten erwachsen. Das kann aber nicht in der Absicht des Gesetzes liegen, und demnach können wir wohl annehmen, daß auch eine freiwillige außergerichtliche Verpfändung der Ausübung des Nießbrauchs mit derselben Wirkung möglich ist, wie eine zwangsweise Pfändung. Ein Pfandrecht entsteht sowohl durch Verpfändung als auch durch Pfändung; demgemäß kann auch der Nießbrauch so weit verpfändet werden, als er gepfändet werden kann, das heißt soweit er übertragbar ist. Dieser Ansicht ist auch Enneccerus-Lehmann[2]): „Rechte sind nach § 1274 nur so weit verpfändbar, als sie übertragbar sind. Unübertragbare Rechte sind also auch unpfändbar. Ist zwar ein Recht seinem Inhalt nach unübertragbar, dagegen die Übertragung der Ausübung zulässig, so ist auch das Recht der Ausübung dieses Rechtes, insbesondere also eines Nießbrauchs verpfändbar — trotz der Unverpfändbarkeit des Nießbrauchs selbst."

---

[1]) Ein Scheinprozeß, eine in jure cessio.

[2]) Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. Recht Bd. 2 § 131 S. 378.

§ 10.

Die Übertragung der Ausübung und ihre Wirkung.

Was ist zunächst darunter zu verstehen: Die Ausübung des Nießbrauchs kann überlassen werden; welche rechtliche Stellung erlangt derjenige, welchem die Ausübung übertragen wird? Über keine von beiden Fragen gibt uns das Bürgerliche Gesetzbuch Auskunft; wir sind also darauf angewiesen, sie in einer dem Gesetze entsprechenden Weise und im Anschluß an die bisherige Rechtsentwicklung zu beantworten: denn sowohl das gemeine resp. römische Recht wie das heutige Reichsrecht gehen von denselben Grundprinzipien aus: Unübertragbarkeit des Nießbrauchs dem Rechte, Übertragbarkeit der Ausübung nach.

Dadurch, daß das Gesetz die Ausübung des Nießbrauchs für übertragbar erklärt, gibt es dem Nießbraucher die Möglichkeit, den materiellen Wert seines Rechtes einem anderen nutzbar zu machen. Der Empfänger der Ausübung wird in die Lage versetzt, die aus dem Nießbrauche eines anderen erwachsenden materiellen Vorteile für sich zu gewinnen, in derselben Weise wie der Nießbraucher selbst. Die Ausübung des Nießbrauchs stellt sich dar als eine der in dem Nießbrauche enthaltenen Befugnisse, als ein aus ihm entspringendes Recht. Diese Befugnis deckt sich nicht mit dem Nießbrauche, sie muß einen geringeren Umfang haben als das Nießbrauchsrecht selbst. Hätte sie den gleichen Umfang wie das Nießbrauchsrecht selbst, so würde ein Widerspruch darin

liegen, daß der Nießbrauch unübertragbar, die Ausübung aber übertragbar ist. Mit Recht sagt daher Mittag[1]): „Da unter Übertragung eines Rechtes die Entäußerung aller in ihm enthaltenen Befugnisse verstanden werden muß, so daß der bisher Berechtigte das Recht in keiner Beziehung mehr auszuüben imstande ist, muß die Übertragung der Ausübung eines Rechtes einen enger begrenzten Inhalt haben, wenn anders jene Unterscheidung nicht auf ein Spiel mit Worten hinauslaufen soll." Die Befugnis der Ausübung muß also inhaltlich begrenzter, enger sein, denn wenn sie sich nach jeder Richtung hin mit dem Nießbrauchsrechte deckte, würde durch ihre Übertragung ein Erfolg herbeigeführt werden, den die Rechtsordnung für unmöglich erklärt. Der Nießbrauch selbst muß unter allen Umständen bei dem Nießbraucher verbleiben, unbekümmert darum, ob und welche sich aus ihm ergebenden Befugnisse auf einen anderen übertragen worden sind.

Der Zweck der Übertragung der Ausübung ist, wie schon erwähnt, der, den materiellen Inhalt des Nießbrauchs, das uti frui einem anderen dienstbar zu machen. „Der wirtschaftliche Nutzen, der durch Gebrauch und Fruchtgenuß einer Sache erzielt werden kann, soll, wie Mittag[2]) richtig ausführt, fernerhin, d. h. von der Überlassung der Ausübung an, nicht mehr dem Nießbraucher, sondern dem Dritten, dem Erwerber der Ausübungsbefugnis zugute kommen. Damit ist der Umfang der Ausübungsbefugnis gegeben. Nur diejenige Willensmacht

---

[1]) Mittag a. a. O. 11.

[2]) Mittag a. a. O. 13.

kann auf den Erwerber übergehen, die er benötigt, um sich die Vorteile des uti frui nutzbar zu machen. Darüber hinaus ist jede von dem Erwerber ausgehende Willensbetätigung ohne rechtliche Wirkung auf den Nießbrauch. Alle übrigen aus dem Nießbrauch sich ergebenden Befugnisse bleiben unberührt in der Gewalt des Nießbrauchers; nach ihm richtet sich also auch fernerhin der Bestand der Ausübungsbefugnis. Der Erwerber kann auch nur so viele Befugnisse in bezug auf die Ausübung erwerben, als der Nießbraucher, wenn er den Nießbrauch selbst ausübte, selbst hätte. Auch hier gilt der römische Satz: nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. Durch die Überlassung wird also nicht ein neues, selbständiges Recht geschaffen, sondern die aus dem Nießbrauchsrechte sich ergebenden Rechte werden geteilt, es sind fortan zwei Berechtigte da, von denen jeder einen genau begrenzten Teil erhält, jedoch so, daß der Erwerber der Ausübung nicht kraft eigenen Rechtes, sondern kraft des Rechtes des Nießbrauchers, als des umfassenderen, berechtigt ist. Durch die Überlassung der Ausübung wird also das Nießbrauchsrecht nicht aufgehoben, es wird nur zurückgedrängt zugunsten des Ausübenden, soweit die Ausübung in Frage kommt; es ist gewissermaßen eine Beschränkung des Nießbrauchsrechtes in der Person des Nießbrauchers. Diese Auffassung galt schon für das römische Recht, warum sollten wir für das heutige den Begriff „Ausübung“ anders definieren! Ich glaube nicht, daß sich hiergegen ein Widerspruch erheben wird, aus den Worten des Gesetzes ergibt sich keiner.

Während der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch

davon ausging, den Nießbrauch selbst für übertragbar zu erklären, so daß der Erwerber ein eigenes, selbständiges Nießbrauchsrecht erhielt, und damit den letzten Schritt in der Entwicklung des römischen und gemeinen Rechtes zu tun, stellte sich die Mehrheit der zweiten Kommission auf den Standpunkt, daß der Nießbrauch seiner Natur nach ein höchstpersönliches Recht sei, das unlösbar an die Person desjenigen geknüpft sei, für den es bestellt sei. Und zwar kamen hier folgende Erwägungen in Betracht[1]: „Ein rechtsgeschäftlich begründeter Nießbrauch komme im wesentlichen nur in zwei Formen vor: Als testamentarisch angeordneter Nießbrauch zugunsten des überlebenden Ehegatten oder einer anderen Person und als vertragsmäßiger Nießbrauch in der Form der Leibzucht bei Gutsübergaben. Für diese Hauptfälle, auf welche die gesetzliche Regel berechnet werden müsse, passe die Regel der Veräußerlichkeit nicht. Das Verhältnis des Nießbrauchers zum Eigentümer habe in diesen Fällen ein familiäres Gepräge, das einer persönlichen Vertrauensstellung. Dem Wesen dieses Verhältnisses entspreche es nicht, daß der Nießbraucher eine andere Person oder bei dem Nießbrauch an einem Vermögen möglicherweise sogar eine große Anzahl anderer Personen durch die Veräußerung an seine Stelle solle setzen können. Noch weniger dürfe die Veräußerung des Nießbrauchs im Wege der Zwangsvollstreckung zulässig sein, wie es aus dem Entwurf abweichend vom geltenden Recht sich ergeben würde. Zum Verkehrsgegenstand und zur Kredit-

[1]) Protokolle d. 2. Kommission 3 S. 223, 409.

grundlage eigene sich der Nießbrauch seiner Natur nach nicht." So kam es zu dem § 1011, der als § 1059 in das BGB. aufgenommen wurde. Was aber mit ihm gesagt sein soll, welche rechtliche Stellung der Ausübende einnehmen soll, das ist, wie schon oben hervorgehoben, in Dunkel gehüllt, und man muß Haase unbedingt recht geben, wenn er die Stellung des Ausübungsberechtigten eine unklare und zu vielen Zweifeln Anlaß gebende nennt, so daß es erst der Praxis überlassen bleibt, einen bestimmten Gerichtsgebrauch und damit positive feste Rechtsgrundsätze zu schaffen.[1])

Die Frage, welche rechtliche Stellung der Erwerber der Ausübung einnimmt, wird von den meisten Lehrbüchern und Kommentaren dahin beantwortet, daß lediglich eine obligatorische Beziehung zwischen dem Nießbraucher und dem Erwerber begründet werde. Er erhalte lediglich einen obligatorischen Anspruch gegen den Nießbraucher auf Überlassung der Ausübung. Zum Eigentümer trete er in gar keine rechtlichen Beziehungen. So sagt Kipp in Windscheids Pandekten[2]): „Die Ausübung des Nießbrauchs kann einem anderen überlassen werden. Dem aber kommt entgegen dem gemeinen Recht nur obligatorische Wirkung bei." Ähnlich drückt sich auch Biermann[3]) aus: „Derjenige, dem die Ausübung des Nießbrauchs überlassen ist, hat lediglich persönliche Ansprüche gegen den Nießbraucher, er tritt in kein

---

[1]) Haase in Iherings Jahrbüchern 36 S. 282.

[2]) Windscheid, Pandekten 1 § 205 S. 927.

[3]) Biermann, Sachenrecht 256.

Rechtsverhältnis zum Eigentümer." Diese Ansicht vertritt auch Dernburg[1]): „Der Ausübungsberechtigte hat als solcher nur eine persönliche Klage gegen den Nießbraucher." Begründet wird diese Auffassung überall nur mit dem Hinweis auf die Kommissionsverhandlungen und die Denkschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Dort wurde allerdings die Meinung vertreten, es solle durch die Übertragung nur ein obligatorisches Rechtsverhältnis begründet werden[2]): „Die obligatorisch wirkende Überlassung gibt diesem, wenn er sich im Besitz der Sache befindet, eine hinreichend geschützte Stellung." Auch in der zweiten Lesung wurde eine diesbezügliche Frage dahin beantwortet, daß nur obligatorische Wirkung gemeint sei.[3]) Eine nähere Begründung aus rechtlichen Gründen aber findet sich meines Wissens nirgends, es wird immer nur auf die Protokolle und die Denkschrift verwiesen. Daß man aber nicht verpflichtet ist, diese für maßgebend zu erklären, habe ich schon hervorgehoben, um so mehr da der darin vertretene Standpunkt von der Zivilprozeßordnung direkt verworfen wird.

Der nächste Einwand, der sich meines Erachtens gegen die Auffassung, der Erwerber der Ausübung trete in keinerlei Beziehungen zu dem Eigentümer der Nießbrauchssache, erhebt, ist der, daß der Eigentümer die Überlassung der Ausübung

---

[1]) Dernburg, Das bürgerl. Recht 3 § 190 S. 533.

[2]) Protokolle d. 2. Komm. 3 S. 223 ,409.

[3]) Das trifft zwar zu, wenn es sich nur um miet- oder pachtweise Überlassung handelt. Soll das gleiche aber auch gelten, wenn die Ausübung verkauft oder wenn sie zu Sicherungszwecken überlassen wird?

an einen anderen dulden muß. Das ist aus dem Gesetz zu entnehmen. Denn das Gesetz will zweifellos mit den Worten „die Ausübung kann überlassen werden" sagen, daß der Nießbraucher nicht an die Einwilligung des Eigentümers gebunden ist. Anderenfalls wäre diese Bestimmung ja ganz überflüssig. Wirksam verpflichten kann ich mich zu allem, was nicht gerade unsittlich oder gesetzlich verboten ist; das ist die Überlassung der Ausübung aber keineswegs. Ob ich allerdings meine Verpflichtung auch erfüllen kann, das ist eine andere Frage, die sich nach den gegebenen Verhältnissen richtet. Daß der Nießbraucher aber bei der Übertragung der Ausübung an die Einwilligung des Eigentümers gebunden ist, der Eigentümer ihm also die Erfüllung seiner Verpflichtung, die Ausübung zu übertragen, unmöglich machen könnte, steht nicht im Gesetz, während es bei der Untermiete und den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten ausdrücklich gesagt ist. Diese Auffassung begegnet denn auch nirgends einem Widerspruch. So sagt Neumann[1]) ausdrücklich: „Der Eigentümer hat aber wie jeder andere den Berechtigten in seiner obligatorischen Rechtsstellung anzuerkennen." Wie er sich eine derartige Stellung aber denkt, sagt Neumann nicht.[2]) Dementsprechend äußert sich auch Biermann[3]) in

[1]) Neumann a. a. O. 65.

[2]) Die Anerkennung einer obligatorischen Beziehung durch einen Dritten widerspricht aber doch dem Wesen der Obligation, die nur ein Band zwischen Gläubiger und Schuldner knüpft und daher auch nur relativen Schutz genießt; nicht einmal deliktisch kann das Forderungsrecht von einem Dritten verletzt werden, wie die herrschende Meinung für § 823 BGB. (sonstiges Recht) mit Recht annimmt.

[3]) Biermann a. a. O. 257.

Übereinstimmung mit der gesamten Literatur: „Doch bedarf der Nießbraucher zur Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs nicht der Erlaubnis des Eigentümers." Wenn Biermann dann aber an derselben Stelle später sagt: „Gegen den Ausübenden selber hat der Eigentümer den Anspruch aus § 1004 (actio negatoria)", so ist das doch wohl ein Widerspruch. Denn wenn Biermann damit sagen will, daß der Eigentümer diesen Anspruch gegen den Ausübenden hat, wenn dieser sein Recht mißbraucht, so ist das selbstverständlich, meint er aber, der Eigentümer könne die Ausübung überhaupt untersagen, so ist das nicht richtig. Wenn der Eigentümer den Ausübenden aber in seiner Ausübung anerkennen muß, so ist damit doch schon eine Beziehung zwischen beiden gegeben.

Die herrschende Meinung hält den Ausübungsempfänger, wenn er in den Besitz der Nießbrauchssache gelangt ist, für genügend geschützt, denn dadurch erlange er die Besitzklagen aus §§ 858 ff. BGB. und die Klage aus dem früheren Besitz, § 1007. Dies heben auch die Protokolle [1]) hervor, auf die allgemein verwiesen wird.

Im Streit um das Recht zum Besitz bietet aber die bloße Tatsache des Besitzes keinen genügenden Schutz: kommt ein an der Sache dinglich Berechtigter, sei es der Eigentümer, ein Sachpfandgläubiger oder ein anderer, dann müßte der Ausübungsempfänger auf jeden Fall zurückstehen, wenn sein Recht nur ein obligatorisches Recht ist, denn diese sind bekanntlich schwächer als dingliche Rechte. Bei Kollision zwischen

[1]) Protokolle a. a. O. 409.

beiden geht das dingliche Recht vor, selbst dann, wenn es das jüngere ist.[1]) Der rei vindicatio des Eigentümers gemäß § 985 BGB. würde allerdings die Besitzstellung des Ausübenden einen genügenden Schutz bieten, denn nach heutigem Recht kann der Beklagte sich auch auf ein obligatorisches Recht zum Besitz dem Eigentümer gegenüber berufen, wenn nur der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. § 986 Abs. 1 BGB. Dieser Einwand aus § 986 greift nur dann nicht durch, wenn der mittelbare Besitzer zu der Überlassung des Besitzes dem Eigentümer gegenüber nicht befugt ist, § 986 Abs. 2. Der mittelbare Besitzer, von dem der Ausübende sein Recht ableitet, ist der Nießbraucher, und dieser ist gemäß § 1056 BGB. dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt; der Eigentümer kann auch nicht widersprechen, wie wir gesehen haben, wenn der Nießbraucher den Besitz einem anderen zwecks Ausübung des Nießbrauches überträgt. Mithin kann der Ausübende die rei vindicatio des Eigentümers mit dem im § 986 Abs. 1 BGB. gegebenen Einwand, der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht ableite, das heißt also, der Nießbraucher sei zum Besitzer der Nießbrauchssache berechtigt, zurückweisen.

Die gleiche gesicherte Rechtsposition erlangt aber der Erwerber der Ausübung aus dem bloßen Besitz nicht der actio negatoria des Eigentümers aus § 1004 Abs. 1 BGB. gegenüber. Denn hier ist nur der Einwand gegeben, daß

[1]) vgl. Dernburg, Pandekten 1 § 262.

der Eigentümer zur Duldung der Störung verpflichtet sei, Abs. 2. Eine solche Verpflichtung ergibt sich aber für den Eigentümer nicht, wenn, wie die herrschende Meinung annimmt, nur eine obligatorische Verpflichtung des Nießbrauchers zur Duldung besteht. Denn damit ist noch keine Rechtsbeziehung zwischen dem Eigentümer und dem Ausübungsempfänger geschaffen. Der Einwand aus § 1004 Abs. 2 kommt dem Ausübenden nur dann zugute, wenn wir annehmen, daß die Übertragung der Ausübung auch eine direkte Beziehung zwischen Ausübungsempfänger und Eigentümer schafft. Denn § 1004 enthält keine der Vorschrift des § 986 analoge Bestimmung, daß der Störende auch dann gegen die Klage des Eigentümers geschützt sei, wenn nur der mittelbare Besitzer, das heißt derjenige, von dem der Störende sein Recht ableitet, dem Eigentümer gegenüber zur Störung berechtigt sei. Nur wenn der Ausübungsberechtigte durch die Übertragung der Ausübungsbefugnis ein Recht zur Störung dem Eigentümer gegenüber erlangt, kann er sich selbständig der negatoria des Eigentümers erwehren. Diese Möglichkeit muß man meines Erachtens zugestehen, wenn anders die Lage des Ausübenden nicht eine höchst zweifelhafte sein soll. Auch die Römer, die ja an der Unübertragbarkeit des Nießbrauchs selbst unbedingt festhielten, sind im Laufe der Entwicklung zu demselben Resultat gelangt. Warum soll man nicht dasselbe auch für das Bürgerliche Gesetzbuch annehmen können!

Ebenso verhält es sich, wenn Dritte, an der Nießbrauchssache dinglich Berechtigte, z. B. ein Pfandgläubiger, dem der Eigentümer die Sache selbst verpfändet hat, gegen den den

Nießbrauch Ausübenden vorgehen wollten. Auch hier nutzt demselben eine rein obligatorische Beziehung zum Nießbraucher nichts. Anders verhält es sich aber in beiden Fällen, wenn wir annehmen, daß der Ausübungsempfänger an die Stelle des Nießbrauchers getreten ist in bezug auf die Ausübung, daß er loco usufructuarii steht. Dann ist er auch berechtigt, alle Angriffs- und Verteidigungsmittel des Nießbrauchers in bezug auf die Ausübung geltend zu machen. Er kann sagen, ich habe ein Recht zu besitzen und zu nutzen, wie der Nießbraucher. Daß es sich aber so verhält, ergibt sich aus der Übertragung der Ausübungsbefugnis. Denn diese stellt sich dar als Zession, die Zession ist aber nach heutigem Recht ein dinglicher Vertrag. Daß aber die Zessionsgrundsätze hier zur Anwendung gelangen, kann meines Erachtens nicht zweifelhaft sein. Denn die Ausübungsbefugnis stellt sich, wie ich oben näher ausgeführt habe, als ein Recht dar, allerdings von beschränkterem Inhalt als das Nießbrauchsrecht selbst. Nun ist aber dieses beschränktere Recht für übertragbar erklärt, und es treten daher bei seiner Übertragung die Folgen ein, die sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Zession dafür ergeben. Denn § 413 BGB. erklärt die Grundsätze über Zession von Forderungen ausdrücklich für anwendbar bei der Übertragung anderer Rechte. Für unseren Fall würde das folgendes Bild ergeben. In bezug auf das Ausübungsrecht erscheint der Eigentümer der Nießbrauchssache als Zessus, der Nießbraucher als Zedent, der Erwerber der Ausübung als Zessionar. Diesem ist also von der Übertragung der Ausübung an gemäß § 398 BGB.

der Eigentümer zur Duldung verpflichtet in demselben Maße wie dem Nießbraucher. Damit ist die direkte Beziehung zwischen beiden gegeben, und der Eigentümer dringt daher auch gegen den Ausübungsempfänger mit der actio negatoria gemäß § 1004 Abs. 2 nicht durch. Auch Dritte, selbst dinglich an der Nießbrauchssache Berechtigte müssen nun den Ausübungsberechtigten in seiner Ausübung gerade so respektieren wie den Nießbraucher selbst, an dessen Stelle er steht.

Aber auch die dinglichen Klagen des Nießbrauchers in bezug auf die Ausübung werden wir dem Ausübungsberechtigten nicht versagen können. Denn die Klage ist heute eine Funktion eines jeden Rechts. Es muß daher die Ausübungsbefugnis bei dem Erwerber als dem Zessionar ebenso geschützt sein, wie sie es bei dem Nießbraucher ist. Die Beeinträchtigung der Ausübung begründet aber für den Nießbraucher die actio confessoria, das gleiche folgt daher auch für den Erwerber der Ausübung, seinen Zessionar.

Aber selbst wenn man das nicht anerkennen wollte mit der Begründung, die actio confessoria diene nur zum Schutze des Nießbrauchsrechts selbst, nicht des beschränkteren Rechts der Ausübung, sie könne also nur dem Nießbraucher zustehen, so hindert das doch nicht, daß der Nießbraucher den ihm aus der Beeinträchtigung des Nießbrauchsrechtes entspringenden Anspruch, welche darin liegt, daß das Ausübungsrecht beeinträchtigt wird, auf den Empfänger des Ausübungsrechtes überträgt. Man wende nur nicht ein, daß das durch die Unübertragbarkeit des Nießbrauchs ausgeschlossen sei; denn die Ansprüche aus dinglichen Rechten sind einer selbständigen

Übertragung fähig, wie allgemein mit Recht anerkannt wird.[1]) Der hier entwickelten Möglichkeit stimmt insbesondere Scherer[2]) bei: „Der Nießbraucher kann das dingliche Klagerecht, actio confessoria, übertragen."

Wenn man aber diese Konstruktionen nicht anerkennt, vielmehr, wie es die herrschende Ansicht zu tun scheint, daran festhält, daß der Ausübungsempfänger nur in einem obligatorischen Rechtsverhältnis zum Nießbraucher stehe, würde man zu einem Resultat gelangen, das den Anforderungen des praktischen Lebens wenig entspräche. Durch die Übertragung der Ausübung verpflichtet sich der Nießbraucher dem Erwerber gegenüber, ihm die Verwirklichung der Ausübung zu ermöglichen. Wenn also ein an der Sache dinglich Berechtigter, sei es der Eigentümer oder ein anderer, mit der actio negatoria gegen ihn vorgehen würde, so würde der Ausübende gezwungen sein, sich an den Nießbraucher, seinen Gegenkontrahenten, zu halten und von ihm eventuell im Wege der Klage Erfüllung des der Übertragung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts verlangen, d. h. die Verschaffung der Möglichkeit der Ausübung. Der Nießbraucher würde dann seinerseits gegen den die Ausübung Störenden vorgehen und von ihm die Duldung der Ausübung des Nießbrauchs durch den Erwerber verlangen, gerade so wie derselbe sich die Ausübung des Nießbrauchs durch den Nießbraucher gefallen lassen müßte. Denn der Nießbraucher ist ja dinglich berechtigt. Warum

---

[1]) vgl. Planck a. a. O. 2 Vorbemerk. 2 S. 3ff.

[2]) Scherer, Sachenrecht d. BGB. § 1059 S. 215.

aber diese Klagenhäufung, zu der man gezwungen wird, wenn man dem Erwerber lediglich einen obligatorischen Anspruch gegen den Nießbraucher zugesteht. Ich sehe im Gesetz keinen Grund, der die oben entwickelte Ansicht verbieten würde, daß der Ausübungsempfänger an die Stelle des Nießbrauchers tritt und damit dessen actio confessoria als confessoria utilis, wenn man so sagen darf, erwirbt. Das ist ja auch für das gemeine Recht von der Praxis anerkannt worden. So heißt es in einem Erkenntnis des Reichsgerichts vom 6. 4. 1880[1]: „Wer einem anderen die Ausübung seines Nießbrauchs einräumt, gestattet ihm, daß er dieses Recht in seinem ganzen Umfange zu eigenem Vorteil ausübe. Der Zessionar des Ususfrukts kann nicht nur die betreffenden Nutzungen ziehen, sondern er darf sich auch der Rechtsmittel bedienen, welche zum Schutze der abgetretenen Berechtigung gegeben sind. Darin liegt, daß der Zessionar eines Nießbrauchs das ihm zedierte Recht sowohl dem Zedenten als auch dritten Personen gegenüber zur Geltung bringen kann. Diese Konsequenz ist in der rechtlichen Natur der Verhältnisse begründet und von den Rechtsquellen unzweideutig anerkannt." Wenn das fürs gemeine Recht galt, so steht nichts im Wege, dies auch für das BGB. anzunehmen, denn den dinglichen Schutz des Empfängers folgert die Entscheidung aus der Übertragbarkeit der Ausübung, das gleiche gilt aber auch für das BGB.

[1]) Seufferts Archiv 35 S. 274 Nr. 189.

§ 11.

Die Stellung des Pfandgläubigers.

Nun haben wir oben gesehen, daß ein an sich unübertragbares Recht soweit verpfändbar ist, als es übertragen werden kann. Soweit der Nießbrauch also übertragbar ist, soweit kann er auch verpfändet werden, d. h. das aus ihm entspringende Ausübungsrecht wird zu Sicherungszwecken übertragen, wird verpfändet. Gegenstand des Pfandrechts ist streng genommen das Nießbrauchsrecht selbst nicht, sondern das Ausübungsrecht. Durch dessen Verpfändung erlangt der Pfandgläubiger dieselbe Stellung wie der Nießbraucher selbst in bezug auf dieses Recht, auf ihn gehen also auch, wie wir oben gesehen haben, die dinglichen Klagerechte des Nießbrauchers über. Er ist also gegen den Eigentümer und jeden Dritten, selbst dinglich berechtigten, der ihn in seinem Rechte stört, ebenso geschützt wie der Nießbraucher selbst in bezug auf das Ausübungsrecht. Auch dem Nießbraucher selbst gegenüber hat er dinglichen Schutz, das ergibt sich aus der Zession, auch wenn sie nur zu Pfandzwecken geschehen ist. Der Nießbraucher kann das verpfändete Recht nicht ohne Zustimmung des Pfandgläubigers aufheben oder beschränken. Dies ist im § 1276 BGB. für die Verpfändung ausdrücklich gesagt. Denn durch die Übertragung resp. Verpfändung verliert der Nießbraucher die Verfügungsmacht über das Recht, dasselbe steht ihm nicht mehr zu, solange es dem Gläubiger übertragen ist. Hieraus folgt, daß er nun nicht mehr auf den Nießbrauch

schlechthin verzichten kann, denn mit dem Verzicht auf den Nießbrauch würde auch das Ausübungsrecht untergehen, da dasselbe nur solange bestehen kann wie der Nießbrauch selbst. Daher ist ein solcher Verzicht dem Pfandgläubiger gegenüber in bezug auf das ihm verpfändete Ausübungsrecht unwirksam. Was hätte die von der ZPO. anerkannte Pfändung des Ausübungsrechtes für einen Zweck, wenn der Nießbraucher nach der Pfändung noch in der Lage wäre, durch einseitigen Verzicht auf den Nießbrauch das gepfändete Recht zu vernichten! Was aber für das durch Pfändung begründete Pfandrecht gilt, gilt in gleichem Maße auch für das durch rechtsgeschäftliche Verpfändung begründete Pfandrecht. Daß übrigens eine derartige Wirkung der Übertragung der Ausübung der Absicht des Gesetzes nicht zuwiderläuft, kann man aus § 1056 BGB. ersehen. Dort ist nämlich bestimmt, daß selbst derjenige, dem Nießbrauchsgrundstücke vom Nießbraucher verpachtet oder vermietet sind, der also überhaupt nur obligatorische Ansprüche gegen den Nießbraucher erlangen kann, durch einen vorzeitigen Verzicht des Nießbrauchers nicht berührt wird.

Naturgemäß ist der Pfandgläubiger durch diese dingliche Wirkung der Verpfändung des Ausübungsrechtes nur so weit gegen den Verlust seines Rechtes geschützt, als es sich um eine durch Rechtsgeschäft verursachte Beeinträchtigung desselben handelt. Auch § 1276 spricht nur von der Aufhebung oder Änderung des Rechtes durch Rechtsgeschäft. Erlischt also der Nießbrauch auf andere Weise, insbesondere durch den Tod des Nießbrauchers oder, wenn der Nießbrauch nur für eine

bestimmte Zeit bestellt ist, mit Ablauf derselben, so geht auch das Ausübungsrecht unter, selbst wenn der Gläubiger sich noch nicht aus ihm befriedigt hat.[1])

Was nun die Bestellung des Pfandrechts anlangt, so erfolgt dieselbe gemäß § 1274 Abs. 1 BGB. nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften. Die Übertragung der Ausübungsbefugnis geschieht, wie wir gesehen haben, im Wege der Zession. Die Verpfändung desselben erfolgt also auch im Wege der Zession. Es erhebt sich nun aber die Frage, ob bei einem Nießbrauch an einem Grundstück eine Eintragung im Grundbuch notwendig ist. Eine solche ist meines Erachtens zur Bestellung des Pfandrechts nicht erforderlich. Denn nach § 873 BGB. ist nur zur Belastung eines Grundstücks mit einem Recht oder eines solchen Rechtes an einem Grundstück eine Eintragung im Grundbuch erforderlich. Das Nießbrauchsrecht selbst wird aber nicht mit einem Pfandrecht belastet; auch durch die Verpfändung der Ausübungsbefugnis wird das Nießbrauchsrecht selbst nicht mit einem Pfandrecht belastet, vielmehr ist Gegenstand des Pfandrechts, wie oben gesagt, das Ausübungsrecht. Dasselbe ist kein Sachenrecht in dem vom Gesetz gebrauchten Sinne, es ist kein Recht an der Sache selbst, denn als solches ist es im Bürgerlichen Gesetzbuche nicht anerkannt, zu seiner Ver-

[1]) Deshalb bietet die Verpfändung des Ausübungsrechtes doch immer nur eine höchst zweifelhafte Sicherheit, denn der Gläubiger ist nie sicher, ob er am folgenden Tage sein Recht noch hat oder nicht. In diesem Sinne ist die Ansicht der 2. Kommission, der Nießbrauch eigene sich nicht zur Kreditgrundlage, zweifellos anzuerkennen.

pfändung ist also auch keine Eintragung im Grundbuche erforderlich, ebensowenig wie zu seiner Übertragung. Wohl aber kann eine Eintragung erfolgen auf Grund des § 894 BGB. in Verb. mit § 892; denn durch die Übertragung der Ausübungsbefugnis wird das Verfügungsrecht des Nießbrauchers über seinen Nießbrauch beschränkt, wie wir gesehen haben, soweit das Ausübungsrecht dadurch beeinträchtigt würde. Die Verpfändung des Ausübungsrechtes stellt sich dar als eine Verfügungsbeschränkung des Nießbrauchers zugunsten des Pfandgläubigers. Eine solche braucht aber gemäß der Publizität des Grundbuchs ein Dritter nur gegen sich gelten zu lassen, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich ist. Der Pfandgläubiger ist also berechtigt, nach der Verpfändung eine dahin gehende Eintragung im Grundbuche gemäß § 894 BGB. zu verlangen. Der Ansicht Turnau-Försters,[1]) der Nießbrauch käme für das Grundbuch nur insoweit in Betracht, als er bei seiner Bestellung einzutragen und nach seinem Untergange zu löschen ist, ist also nicht beizustimmen. Andererseits würde auch meines Erachtens die Auffassung, daß sich die Verpfändung der Ausübungsbefugnis als ein Pfandrecht am Nießbrauch im strengen Sinne des Wortes darstellt, zu ihrer Verpfändung gemäß § 873 BGB. also eine Eintragung erforderlich sei, der Ansicht des Gesetzgebers nicht entsprechen. Denn die Zivilprozeßordnung, die ja die Ausübung des Nießbrauchs für pfändbar erklärt, enthält keine Bestimmung, daß zur Pfändung eine Eintragung im Grund-

[1]) Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht § 1059 Anm. 3 S. 449 f.

buch erforderlich sei, während es zum Beispiel bei der Reallast, Grundschuld und Rentenschuld ausdrücklich gesagt ist ZPO. § 857 in Verb. mit § 830. Das scheint auch die Auffassung Gaupp-Steins[1]) zu sein, wenn er sagt: „Einer Eintragung in das Grundbuch bedarf es zur Pfändung nicht, aber das durch die Pfändung begründete Pfandrecht am Nießbrauch ist nach § 894 BGB. einzutragen." Inwieweit zu der Verpfändung des Ausübungsrechtes eine Kenntlichmachung, resp. Besitzübertragung hinzutreten muß, damit das Pfandrecht jedem gutgläubigen Dritten, insbesondere dem Eigentümer der Nießbrauchssache gegenüber vollwirksam ist, richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften und dem Gegenstande des Nießbrauchsrechtes. In den meisten Fällen würde eine diesbezügliche Mitteilung an den Eigentümer erforderlich und genügend sein, denn nach § 1275 BGB., der hier analog zur Anwendung kommt, kommen für das Verhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Eigentümer als Verpflichteten die für die Übertragung des Rechtes maßgebenden Bestimmungen zur Anwendung. Die Zession eines Rechtes braucht aber der Verpflichtete erst gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie kennt. Bei einem Nießbrauch an einem Grundstück genügt eine gemäß § 894 BGB. zu bewirkende Eintragung im Grundbuch.

Von Bedeutung ist ferner die Frage, in welchem Verhältnis der Pfandgläubiger, dem die Ausübung des Nießbrauchs verpfändet ist, zu anderen Gläubigern des Nieß-

---

[1]) Gaupp-Stein a. a. O. § 857 Anm. S. 638.

brauchers steht, insbesondere welche Rechte er im Konkurse des Nießbrauchers hat. § 48 KO. bestimmt: „Gläubiger, welche an einem zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht haben, können aus den ihnen verpfändeten Gegenständen abgesonderte Befriedigung wegen ihrer Pfandforderung verlangen." Zu beachten ist hier, daß es sich nicht bloß um Sachen handelt, daß der Begriff Gegenstand vielmehr auch Rechte, überhaupt Vermögensbestandteile bezeichnet. Gehört hierher auch der Nießbrauch, d. h. fällt er in die Konkursmasse? Diese Frage ist zweifellos zu bejahen. § 1 KO. bestimmt nämlich: „Das Konkursverfahren umfaßt das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört (Konkursmasse)." Soweit also der Nießbrauch nach ZPO. § 857 der Zwangsvollstreckung unterliegt, fällt er auch in die Konkursmasse, d. h. das übertragbare und verpfändbare Ausübungsrecht desselben gehört zu ihr. Vgl. Sydow-Busch[1]): „Dagegen kann ein Nießbrauch gemäß § 1059 BGB. zur Ausübung überlassen werden, so daß er insoweit zur Konkursmasse gehört." Der Pfandgläubiger kann demnach kraft seines Pfandrechts im Konkurse des Nießbrauchers gemäß § 48 KO. Absonderung des ihm verpfändeten Ausübungsrechtes verlangen.

Was endlich die Stellung und die Rechte des Pfandgläubigers in bezug auf seine Befriedigung aus dem ihm verpfändeten Ausübungsrechte anlangt, so mögen hier einige

---

[1]) Sydow-Busch, Konkursordnung § 1 Anm. 2 S. 21.

kurze Andeutungen genügen; es würde zu weit führen und über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, wollte man hier auf jede Einzelheit näher eingehen. Nach § 1273 BGB. finden für das Pfandrecht an Rechten im Prinzip die Vorschriften über das Sachenpfandrecht Anwendung. Gemäß § 1213 BGB.[1]) kann das Pfandrecht, da es sich hier um einen von Natur fruchttragenden Gegenstand handelt, in der Weise bestellt werden, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Nutzungen des Pfandes zu ziehen, d. h. die Ausübung des Nießbrauchs selbst vorzunehmen. Dann ist er dazu aber nach § 1214 auch verpflichtet. Der Reinertrag der Nutzung ist dann nach § 1214 Abs. 2 zu verrechnen. Diese Art der Pfandbestellung wird wohl das häufigere sein, die Parteien können aber auch in den vom Gesetz gezogenen Grenzen insbesondere über die Art der Befriedigung des Pfandgläubigers andere Vereinbarungen treffen. Ist das zwischen den Parteien nicht geschehen, so erfolgt die Befriedigung des Gläubigers gemäß § 1277 BGB. nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften. Danach ist hier eine dreifache Art der Befriedigung möglich: Dem Pfandgläubiger kann einmal vom Gericht das Recht selbst überwiesen werden, so daß er die Ausübung selbst vornehmen kann (ZPO. § 857 Abs. 1 in Verb. mit § 835 und § 849). Das Gericht kann aber auch gemäß § 857 Abs. 4 ZPO. besondere, den Umständen angemessene Anordnungen über die Art der Befriedigung treffen. Es kann insbesondere

[1]) Nur Abs. 2 ist ausgeschlossen.

eine Verwaltung, Sequestration, anordnen. Dann hat der Verwalter an Stelle des Gläubigers die Ausübung vorzunehmen und die Erträgnisse derselben an den Gläubiger zwecks Befriedigung desselben abzuführen. Drittens kann das Gericht aber auch bestimmen, gemäß § 844 ZPO., daß die Verwertung des verpfändeten Rechtes im Wege der Veräußerung desselben stattfinde. Dieselbe erfolgt dann nach den allgemeinen Vorschriften über den Pfandverkauf. Der Erwerber des Rechtes tritt in dieselbe Stellung ein, als wenn er die Ausübung vom Nießbraucher selbst erworben hätte. Auch er tritt in bezug auf das Ausübungsrecht an die Stelle des Nießbrauchers und erhält auch dessen dingliche Klagerechte. Das Pfandrecht des Gläubigers erlischt, abgesehen vom Untergange des Rechtes selbst, mit seiner Befriedigung. Denn nur zu diesem Zweck ist ihm das Ausübungsrecht verpfändet worden.

§ 12.

II. Verpfändung des Nießbrauchs durch den Eigentümer.

Habe ich im Vorhergehenden zu zeigen versucht, daß auch nach heutigem Recht die Verpfändung des Nießbrauchs, korrekter gesagt seiner Ausübung, die gleiche Wirkung haben kann wie in Rom, möchte ich nun auch noch die Frage erörtern, wie der andere in der l. 11 § 2 D. 20, 1 von Marcian erwähnte Fall nach Reichsrecht zu beurteilen ist, nämlich die Verpfändung des Nießbrauchs durch den Eigentümer. Können wir auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu dem gleichen Resultat gelangen wie für das römische Recht?

Während das römische Recht diesen Fall ausdrücklich erwähnt hat und dem Pfandgläubiger auch hier, ohne ihn als Servitutberechtigten zu betrachten, dinglichen Schutz gewährt hat, gibt das Bürgerliche Gesetzbuch keine Auskunft über eine derartige Verpfändung, erwähnt diesen Fall überhaupt gar nicht. Wir sind also darauf angewiesen, die Frage aus dem Wesen und der Tendenz des Gesetzes zu beantworten. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt ein eigentliches Pfandrecht nur an Sachen und Rechten. Den Fall, daß der Eigentümer einer Sache seinem Gläubiger ein noch nicht bestehendes Recht an der Sache verpfändet, kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Streng genommen muß man also die Frage, ob nach heutigem Recht eine Verpfändung des Nießbrauchs, selbst seiner Ausübung nach, durch den Eigentümer in derselben Weise möglich ist, wie in Rom, verneinen. Wohl aber kann, was die praktischen Erfolge anlangt, auf anderem Wege auch nach heutigem Recht ein annähernd gleiches Resultat erzielt werden.

Zwei Möglichkeiten ergeben sich meines Erachtens dafür. Einmal kann der Eigentümer seinem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung einen Nießbrauch einräumen mit der Bestimmung, daß der Nießbrauch nur so lange dem Gläubiger zustehen solle, bis derselbe befriedigt ist. Sodann kann dem Gläubiger aber auch vom Schuldner das Recht eingeräumt werden, sich dadurch zu befriedigen, daß er an einem dem Schuldner gehörigen Gegenstande einem anderen einen Nießbrauch bestellt. Sehen wir zu, wie sich diese beiden Möglichkeiten im Einzelnen gestalten. Daran festzuhalten ist aber,

daß weder in dem einen noch in dem anderen Falle ein eigentliches Pfandrecht begründet wird, vielmehr handelt es sich in beiden Fällen nur um Verpfändungsgeschäfte, für die einzig und allein der Wille der Parteien in dem vom Gesetz überhaupt gezogenen Grenzen maßgebend ist, auf die aber nach dem Willen der Parteien die gesetzlichen Vorschriften über das Pfandrecht Anwendung finden können. Die Wirkung derartiger Geschäfte ist aber nur eine relative, gebunden sind daran nur die Vertragsparteien, unbeteiligte Dritte sind an sie ohne weiteres nicht gebunden.

§ 13.

Bestellung des Nießbrauchs zu Pfandzwecken.

Was den ersten Fall anlangt, so ist es eine Art fiduziarischen Geschäftes. Der Schuldner bestellt seinem Gläubiger einen Nießbrauch an einem ihm gehörigen Gegenstande mit der Abrede, daß der Gläubiger den Nießbrauch nur zu Pfandzwecken haben solle. Bei Grundstücken ist dazu gemäß § 873 BGB. eine Eintragung im Grundbuch erforderlich. Mit der Eintragung wird der Gläubiger Nießbraucher, er erlangt ein dingliches Recht an der Sache. Der Eigentümer kann sich aber auch seinem Gläubiger gegenüber verpflichten, ihm für den Fall der nicht rechtzeitigen Zahlung seiner Schuld einen Nießbrauch zu bestellen. Dann hat der Gläubiger mit dem Eintritte dieser Bedingung einen rein obligatorischen Anspruch gegen den Eigentümer auf Bestellung des Nießbrauchs. Diesen seinen Anspruch auf Einräumung des Nießbrauchs

kann der Gläubiger aber, wenigstens bei Grundstücken, schon vor der Fälligkeit der Schuld sichern, verdinglichen durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch gemäß § 883 BGB.: „Zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück kann eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen werden. Die Eintragung einer Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig." Damit ist der Anspruch auch gegen Dritte, insbesondere gegen den Rechtsnachfolger des schuldnerischen Eigentümers gesichert, und auf Grund dieser Vormerkung kann dann der Gläubiger mit Eintritt der Bedingung, das heißt sobald seine Forderung fällig ist, die Bestellung eines Nießbrauchs zu seinen Gunsten verlangen. Wird ihm nun der Nießbrauch bestellt, so knüpft sich derselbe an seine Person. Doch ist zu unterscheiden: Übt der Gläubiger den Nießbrauch selbst aus, so würde er nach dem Verpfändungsvertrage nur so lange das Nießbrauchsrecht haben, bis er befriedigt ist. Mit seiner Befriedigung würde sein Nießbrauchsrecht untergehen, bei Grundstücken müßte allerdings die Löschung des Rechtes im Grundbuch hinzutreten. Der Anspruch des Eigentümers hierauf könnte aber gemäß § 883 BGB. ebenfalls verdinglicht werden durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch.

Andererseits könnte der Gläubiger, da ja, wie wir angenommmen haben, die gesetzlichen Vorschriften über das Pfandrecht zur Anwendung gelangen sollen, seine Befriedigung auch im Wege der Veräußerung suchen. Dann würde der Nießbrauch selbst in seiner Person weiterbestehen, denn er kann, da ja

das Nießbrauchsrecht selbst unveräußerlich ist, nur die Ausübung desselben einem anderen verkaufen und sich aus dem Erlös bezahlt machen. Damit treten dann die Wirkungen ein, die ich vorhin ausführlich dargelegt habe. Bis zu dem Tode des Gläubigers wäre der Erwerber zur Ausübung berechtigt, mit dem Tode des Gläubigers würde das Nießbrauchsrecht selbst und damit auch die Ausübung desselben untergehen. Wie aber, wenn der Gläubiger seinen eventuell im Grundbuche eingetragenen Anspruch auf Bestellung des Nießbrauchs veräußern wollte, um sich auf diese Weise bezahlt zu machen? Ist er dazu berechtigt? Meines Erachtens würde das gegen die Absichten des Gesetzes sein, denn da der Nießbrauch selbst ein höchstpersönliches, mithin unübertragbares Recht ist, so sollte man meinen, daß auch der Anspruch auf Bestellung desselben unübertragbar ist, denn es kann dem Eigentümer schwerlich gleichgültig sein, ob der Nießbraucher ein Jüngling oder ein Greis ist. Auch geht die Vormerkung im Grundbuch dahin, daß mit Eintritt der Fälligkeit der Schuld der Nießbrauch dem Gläubiger, also einer genau bezeichneten Person, bestellt werden solle. Schon daraus ergibt sich, daß hier von einem eigentlichen Pfandrecht mit seinen gesetzlichen Folgen nicht die Rede sein kann, daß vielmehr nur der Wille der Parteien in dem vom Gesetze gezogenen Grenzen in Betracht kommen kann. Denn ein Pfandrecht, das des jus distrahendi entbehrt, dessen Wirkungen nicht ipso jure eintreten, vielmehr erst durch anderweite Handlungen der Parteien hervorgerufen werden, ist kein Pfandrecht mehr.

§ 14.

Ermächtigung des Gläubigers zur Bestellung eines Nießbrauchs.

Was die zweite der oben erwähnten Möglichkeiten anlangt, Pfandrecht mit Servitutenbestellungsrecht, wie man für das römische Recht sagte, so kann auch hier nicht von einem Pfandrecht gesprochen werden. Der Schuldner gewährt hier seinem Gläubiger, im Falle seine Forderung nicht rechtzeitig getilgt werde, das Recht, statt seiner, einem anderen einen Nießbrauch an dem dem Schuldner gehörigen Gegenstande zu bestellen. Zu diesem Zweck müßte der Schuldner seinem Gläubiger eine unwiderrufliche Vollmacht erteilen, daß er unter der Bedingung der nicht rechtzeitigen Zahlung berechtigt sein solle, zwecks Tilgung seiner Forderung einem anderen gegen Entgelt einen Nießbrauch an dem Gegenstande des Schuldners zu bestellen. Anders ist es nicht möglich, denn das Bürgerliche Gesetzbuch kennt eine Verpfändung von Rechten in dem Sinne nicht, daß der Pfandgläubiger sie begründen kann. Den Vorschriften über das Pfandrecht untersteht indessen, wie Kipp[1]) mit Recht sagt, ein derartiger Vertrag nicht, und dieser Ansicht schließt sich auch Matthiaß[2]) an: „Verträge des Inhalts, daß der Gläubiger an der Sache zu seiner Befriedigung Rechte solle begründen können, sind zwar an sich nicht ungültig, begründen aber kein Pfandrecht."

---

[1]) Kipp bei Windscheid, Pandekten § 227,2 S. 1028.

[2]) Matthiaß, Lehrb. d. bürgerl. Rechts 2 § 73 Anm. 2 S. 205.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.